

LAS DILACIONES INDEBIDAS: UNA CUESTIÓN NO RESUELTA. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL, REGULACIÓN LEGAL Y VISIÓN CRÍTICA.

Juan José Toscano Tinoco

Magistrado de Adscripción Territorial
del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

SUMARIO: Introducción 1. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas como derecho fundamental. 1.1. Ubicación sistemática. 1.2. Posibles modos de reparación en caso de vulneración; síntesis de Prieto Rodríguez sobre los remedios a las dilaciones indebidas. A) en sede jurisdiccional. B) en sede gubernativa: el indulto. C) indemnización por funcionamiento anormal de la administración de justicia. 2. La doctrina del Tribunal Constitucional respecto del contenido y efectos del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas. 2.1. Consideraciones generales. 2.2. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional 2.3. Consideraciones críticas. 3. Doctrina del Tribunal Supremo en materia de remedios propuestos para los supuestos en que concurran dilaciones indebidas. A) encuadramiento y criterio inicial. B) primeros indicios de cambio de criterio. C) estado de la cuestión tras la entrada en vigor de Código penal de 1995. D) cambio de criterio: creación de la atenuante analógica. D.1) Exposición. D.2) Compensación de la culpabilidad. • Compensación constructiva. • Compensación destructiva. D.3) Conclusión. 4. Reconocimiento legislativo. 4.1. Artículo 21.6.ª del Código penal, introducido por la ley orgánica 5/2010. 4.2. Valoración doctrinal. 5. Ubicación sistemática de la atenuante de dilaciones indebidas en la estructura del delito. La punibilidad. 5.1. Consideraciones generales sobre la punibilidad. 5.2. Búsqueda del fundamento material de la punibilidad. 5.3. Inclusión de la atenuante de dilaciones indebidas en la punibilidad. 6. La aplicación por el Tribunal Supremo de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas establecida en el artículo 21.6.ª del Código penal. A) interpretación de la redacción legal de la atenuante. B) configuración dogmática. C) atenuante muy cualificada. D) criterios de ponderación. 7. Recapitulación y conclusión.

Resumen: En el ordenamiento jurídico español se reconoce el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas como un derecho fun-

damental. Sin embargo, la realidad ha demostrado que, pese a ese reconocimiento, las dilaciones no son inusuales en la tramitación de los procedimientos penales. El presente artículo analiza la interpretación de dicho derecho por parte del Tribunal Constitucional, la creación de una circunstancia analógica por dilaciones indebidas por parte del Tribunal Supremo, el reconocimiento legal de dicha atenuante y una visión crítica de tales interpretaciones y de la solución dada por el legislador.

Palabras clave: dilaciones indebidas, atenuante analógica, plazo razonable, punibilidad.

Abstract: The right to be tried without undue delay is ruled as a fundamental right within the Spanish legal system. Despite this legal acknowledgement, the truth is that undue delay is not unusual in criminal proceedings. This article analyzes the interpretation of such right by the Constitutional Court and the creation of an analogue mitigating circumstance of undue delay by the Supreme Court, that was later included as a general mitigating circumstance in the Spanish Criminal Code. Moreover, a critical review of these interpretations and the mentioned legal provision is also explained.

Key words: undue delay, analogue circumstance, reasonable term, punishability.

Introducción

Se puede afirmar, sin ningún género de duda, que la lentitud de la Justicia es un lugar común o tópico incluso para quien, habitualmente, no se encuentra familiarizado con ella. Parece asumirse como una característica inherente al sistema y de la que difícilmente puede éste ser despojado. Observando la relevancia de los derechos e intereses que se ventilan en los procedimientos judiciales, parece inconcebible que éstos estén impregnados de esa lentitud. Ello se agrava cuando se trata de procedimientos penales, en los que, ante todo, se ejercita el *ius puniendi* del Estado, con todo lo que tal ejercicio conlleva, o puede conllevar, respecto del «status» de ciudadano, y se pretende, también, la satisfacción de los intereses de las víctimas de las infracciones penales.

La perplejidad aumenta si se atiende a que, entre los derechos fundamentales a los que se da un mayor grado de protección en la Constitución Española de 1978, dentro de la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I, se encuentra el de que todos los ciudadanos tendrán derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. La vinculación directa de to-

dos los poderes públicos a este precepto parece relativizarse cuando, aún hoy, la concurrencia de dilaciones indebidas en un proceso no es un caso aislado, sino más frecuente de lo deseable. Ciertamente es que no puede identificarse este derecho con una tramitación rápida, pues la naturaleza y el contenido de cada proceso marca el ritmo de la tramitación, y de otro lado, el canon de comparación siempre es un proceso similar, como veremos, a la hora de determinar si existen o no dilaciones. Pero es evidente que el sentido del precepto no es más que, relacionándolo por la vía del artículo 10.2 del propio texto constitucional con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la causa sea oída en un plazo razonable, a lo que se refiere el artículo 6.1 del mismo.

Este plazo razonable es, precisamente, el que se conculca cuando concurren dilaciones indebidas.

Como derecho fundamental que es, exige una conducta activa de los poderes públicos, entendemos que de los tres existentes, para limitar al máximo posible el riesgo de concurrencia de las dilaciones. E igualmente exige que, en caso de vulneración, exista un mecanismo para restablecer al titular en la integridad de su derecho, de ser posible.

El primer aspecto no será objeto de tratamiento aquí, esencialmente porque es una cuestión que trasciende lo jurídico y se ubica más bien en el campo de la política, sin perjuicio de concretar someramente que nos referimos a los tres Poderes por cuanto que, si bien el judicial es aquel en cuyo seno se desarrolla el proceso y ha de velar, con todos los mecanismos a su alcance, por evitar las dilaciones, los otros dos no son ajenos a la cuestión. El legislativo, porque ha de promulgar normas procesales que agilicen más que ralenticen la tramitación, a fin de permitir que ésta avance por sus sucesivas fases del modo más eficiente posible. El ejecutivo, central o autonómico, porque es quien provee de medios materiales y personales al Poder judicial, que, a estos efectos, no es autónomo y, de la calidad y cantidad de esos medios dependerá, en muchos casos, que no se produzcan las dilaciones.

Es al segundo aspecto al que dedicaremos nuestra atención, considerando que es la cuestión que mayores controversias ha generado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. La ausencia, durante largo tiempo, de una consecuencia legalmente prevista para los casos de concurrencia de dilaciones, ha motivado, en gran parte, tal discusión, proponiéndose soluciones de diversa índole.

Como derecho fundamental que es, el Tribunal Constitucional ha venido interpretando su contenido, los supuestos de vulneración y

posibles modos de reparación. Desde luego, ello puede interpretarse como el límite mínimo de protección, esto es, que nada impide conceder una tutela que vaya más allá de esos mínimos que ha marcado el citado Tribunal.

Ya en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, el Tribunal Supremo, estableció el criterio de remitir a la vía del indulto y a la indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de justicia los casos de vulneración. Sin embargo este criterio fue sustituido posteriormente por entender que la mejor forma de compensar la lesión del derecho fundamental no podía ser otra que reducir la pena impuesta al condenado por la vía de la circunstancia atenuante analógica en un proceso en que hubieran concurrido dilaciones indebidas que le hubieran afectado. Esto es, una compensación en el seno del procedimiento y ejerciendo la jurisdicción, no haciéndola dependiente de una decisión gubernativa.

Es ese criterio jurisprudencial el que ha servido de base al legislador para, con la reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, crear la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, prevista en su artículo 21,6.^a

La creación de la atenuante, primero por la vía analógica y después por el legislador, ha estado rodeada de gran polémica. La construcción analógica se ha considerado técnicamente desacertada, por consistir en una extralimitación que vulneraba el principio de legalidad penal y una solución parcial al problema. Respecto de la segunda, y subsanándose ya el problema de legalidad penal, las críticas se han orientado a la improcedencia de asumir el criterio jurisprudencial y las dificultades para su encaje entre las demás circunstancias atenuantes.

Adelantamos ya nuestra opinión contraria a la atenuación de la pena como consecuencia de la concurrencia de dilaciones indebidas, por no considerarla solución acorde con la naturaleza del derecho vulnerado. A fin de demostrar este planteamiento, analizaremos los planteamientos doctrinales de la cuestión, la doctrina del Tribunal Constitucional respecto del contenido y efectos del derecho fundamental que tratamos, el fundamento de los criterios jurisprudenciales y el reconocimiento legal de la atenuante. Dentro de éste, intentaremos ubicar la circunstancia atenuante así creada dentro de la estructura del delito. Finalmente, propondremos una solución a la cuestión, ciertamente distinta de las barajadas y establecidas hasta el momento, pero que atiende a la finalidad del reconocimiento del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas y a su efectiva reparación, más que a dar una respuesta a modo de compensación o sustitución por el equivalente.

1. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas como derecho fundamental

1.1. *Ubicación sistemática*

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas encuentra reconocimiento constitucional en el artículo 24.2 de nuestra Constitución entroncando a nivel supranacional, merced a lo previsto en el art. 10.2 de la misma, con lo dispuesto en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, que utiliza diversa terminología al referirse al derecho que toda persona tiene a que su causa sea oída dentro de un *plazo razonable*, como con lo dispuesto en el artículo 14.3 letra c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966¹.

1.2. *Posibles modos de reparación en caso de vulneración; síntesis de Prieto Rodríguez sobre los remedios a las dilaciones indebidas.*

Decíamos que la cuestión más polémica en relación con las dilaciones indebidas, dada la ausencia de previsión legal, se refería a las consecuencias que cabría anudar a la lesión del derecho fundamental o, más bien, a la forma de restaurarlo. En relación con ello señaló PRIETO RODRÍGUEZ² que las consecuencias del quebrantamiento del derecho fundamental a un procedimiento sin dilaciones indebidas constituyen el aspecto más polémico, el auténtico caballo de batalla de la cuestión. Las tardanzas indebidas son graves y perjudiciales para las partes y para la propia sociedad, pues el conflicto que intenta solucionarse acudiendo a la vía judicial permanece sin resolver durante un tiempo innecesario. En Derecho Penal, el alejamiento

¹ Se corresponde en Alemania con el *Beschleunigungsgebot*, formulado positivamente como aceleración, en cierto modo eficacia, que se manifiesta entre otras en la *Konzentrationsmaxime*, y en EEUU con el *speedy trial* recogido en la VI Enmienda a la Constitución, aplicable a los Estados miembros en virtud de la XIV Enmienda acerca de la *Due Process Clause*. En el marco federal norteamericano esta garantía se ha concretado en la *Federal Speedy Trial Act* de 1974. Vid. PEDRAZ PENALVA, E., «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», *Revista del Poder Judicial* n.º 43-44, 1996 (II), p. 1.

² PRIETO RODRÍGUEZ J.I., *Dilaciones indebidas y Derecho Penal*, Akal, Madrid 1997, pp. 77 y ss.

en el tiempo del hecho delictivo respecto del momento de dictado de la sentencia y el cumplimiento efectivo de la misma, tanto en lo relativo a la responsabilidad criminal como a la civil, resulta contrario a los fines de prevención general y especial y afecta notablemente a la víctima que, además de sufrir un daño que le es ajeno, no obtiene una pronta reparación. A la vista de estos planteamientos el referido autor estudia una serie de mecanismos e instituciones utilizables a los efectos de restaurar el contenido del derecho.

a) En sede jurisdiccional

En primer lugar hace referencia PRIETO a la tutela por el Tribunal Constitucional mediante la declaración de vulneración y orden de adopción de las medidas pertinentes. Sin embargo, sostiene el mismo autor, no dan trámite para ello los artículos 55 y 58 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que permiten a tal efecto un pronunciamiento meramente declarativo y obligan al recurrente a plantear un nuevo proceso, pudiendo ser conveniente que se le diera la facultad, otorgada para casos similares al Tribunal Europeo de Derechos Humanos por el artículo 50 de Convenio Europeo, de cuantificar directamente el importe de la indemnización equitativa.

Otro posible remedio sería la declaración de nulidad de la imputación, descrita por VIVES ANTÓN³ con base en las sentencias del Tribunal Federal norteamericano en el caso Strunk (1973), donde se acordó que, dado el daño sufrido por el acusado *interim* se desarrollaba el proceso y la reducción de sus posibilidades de reeducación, lo único viable era la declaración de nulidad del juicio.

Se cita también la absolucón, que supondría identificarla con la prescripción, lo que no es factible por confundir ambas instituciones. Al margen de ello, equivaldría a asimilar la garantía otorgada por el derecho fundamental a una condición de procedibilidad⁴.

La nulidad del procedimiento por vulneración del derecho de defensa es otra posible solución. Se fundaría la misma en que el paso de tiempo puede perjudicar o incluso impedir la posibilidad de defensa por desaparición de testigos, menoscabo de objetos procedentes del delito y, en definitiva, el uso de cualesquiera medios de defensa. En estos casos, la indebida dilación conllevaría indefensión y, por tanto,

³ VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de reforma Procesal II. La reforma del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1992, pp. 84 y 87.

⁴ En sentido contrario se pronuncio el Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de diciembre de 1991.

el dictado de sentencia absolutoria por tal motivo, por la vía del artículo 238.3 de la LOPJ.

Se propuso, igualmente, como posible consecuencia de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas la inejecución de la pena. En particular, fue muy comentada la decisión de la Audiencia Provincial de Vizcaya en sentencia de 22 de febrero de 1989.

En esta sentencia se partía de que unos hechos ocurridos en 1983 y de instrucción sencilla fueron juzgados en 1989 y, aun cuando se aplicó la eximente incompleta de toxicomanía, dado que el condenado ya se había rehabilitado, no cabía la sustitución de la pena de prisión por la de internamiento en centro de deshabituación. La Sección primera de la Audiencia Provincial partía de concretar el perjuicio sufrido por el acusado, a consecuencia del tiempo transcurrido, en la imposibilidad de aplicar el número 1 del artículo 8.º del entonces vigente Código Penal de 1973⁵ al indicar: «cuando el enajenado hubiere cometido un hecho que la Ley sancionare como delito, el Tribunal decretará su internamiento en un establecimiento destinado a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal». Previsión que era extendida por el número 1 del artículo 9.º del referido texto legal a los que padecieran la eximente incompleta. Tal imposibilidad derivaría directamente del hecho de que, durante el amplio tiempo transcurrido, el procesado, libre y voluntariamente, se sometió a los oportunos tratamientos, habiendo conseguido ya la plena rehabilitación. Por otra parte, la remisión condicional de la pena, tal y como era configurada por el artículo 93 *bis* del Código Penal de 1973, no eliminaba totalmente las consecuencias gravosas, en los supuestos de reincidencia.

Así, el Tribunal entendió que las consecuencias dañosas pendían, en lo esencial, más que de la existencia de un pronunciamiento penal condenatorio, de que efectivamente se procediera a la ejecución del fallo. Por lo que, el restablecimiento de la integridad del derecho constitucional al inculpado y consiguiente liberación de las consecuencias dañosas derivadas de la injustificada dilación, deberían girar en torno a la no ejecución (no a la mera remisión condicional) de la sentencia.

Posteriormente el Tribunal Constitucional, ante el que se invocó este criterio, señaló en la sentencia 35/1994 de 31 de enero que «la

⁵ Que contemplaba las circunstancias eximentes de enajenación y trastorno mental transitorio, las cuales se hallan actualmente reguladas en el artículo 20.1.º del Código Penal de 1995.

medida propuesta ni puede incluirse en el ámbito del derecho fundamental (como parte del contenido esencial del derecho) a un proceso sin dilaciones indebidas ni, en otro orden de consideraciones, está consagrada en nuestro ordenamiento como instrumento para reparar las consecuencias de la vulneración».

El momento de individualización de la pena también se ha considerado idóneo para afrontar las consecuencias de las dilaciones indebidas. En este punto, dado que el sistema legal deja relativo espacio a la discrecionalidad judicial en el ámbito de la determinación de la pena, en caso de concurrir dilaciones indebidas, la reparación de la vulneración habría de traducirse en la imposición de una pena reducida, hasta su extensión mínima. A tal efecto, se señaló en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1993 que la gravedad del mal producido por el delito se ve especialmente disminuida cuando el tiempo pasa sin culpa o negligencia del afectado y que el tribunal, en búsqueda de una mayor proporcionalidad entre la culpabilidad y pena, debe reflejar, en el ejercicio de su facultad individualizadora, la aflicción que ha tenido que soportar quien ha estado sujeto a un retraso injustificado en su enjuiciamiento, especialmente cuando ha exteriorizado síntomas de adaptación social.

Por último, se cita por PRIETO RODRÍGUEZ como remedio la influencia de las dilaciones en la ejecución de la pena. Descartándose jurisprudencialmente, al margen de la sentencia aludida, la inejecución, si que podría influir la constatación de dilaciones indebidas en el procedimiento en la clasificación penitenciaria del penado, porque durante el tiempo transcurrido, por ejemplo, no hubiera vuelto a reincidir y hubiera llevado a cabo buena conducta, pero ello dependería del análisis de la situación del mismo y de si se cumplen los requisitos establecidos al efecto. Ello, más que un resarcimiento, sería el cumplimiento de mandato del artículo 25.2 de la Constitución y de la legislación penitenciaria.

b) En sede gubernativa: el indulto

Regulado en la ley de 18 de junio de 1870, por la que se establecen las reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, consistiendo en la remisión total o parcial de la pena impuesta por decisión de Consejo de Ministros, y acordándose mediante Real Decreto⁶, fue la

⁶ Artículos 19 a 32 de la Ley de 18 de junio de 1870, por la que se establecen las reglas para el ejercicio de la gracia de indulto.

solución comúnmente admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes de la creación de la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas.

En relación con esta institución se afirma por SÁNCHEZ-VERA⁷ que se incluye entre una serie de supuestos, los cuales, con mayor o menor extensión u operatividad, traen consigo que la pena, a pesar de ser la consecuencia jurídica del delito, no sea aplicable; en suma, que quede excluida. En este sentido, el derecho de gracia se constituye

⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., «Una lectura crítica de la Ley del indulto», *Revista para el análisis del Derecho*, n.º, 2008, p. 6 y ss. Señala dicho autor que «Estamos en estos casos ante las causas de exención o exclusión de la pena, o reducción de la misma, si el indulto es parcial (de hecho, la mayoría de las veces que se apreciaban dilaciones indebidas y se recurría al indulto como solución, éste era parcial, como ya puse de manifiesto antes). No es que el delito se niegue o se «extinga», como en ocasiones se ha pretendido, sino que, por el contrario, se expresa tan sólo una renuncia a la pena cuando su no aplicación produce más ventajas que inconvenientes. Ninguna de dichas causas, por tanto, es proyectada sobre el delito –el cual ya ha existido y es perfecto–, sino sobre la pena; o, si se quiere, no sobre la punibilidad, sino sobre su proceso de concreción, e incluso, más particularmente, en algunos casos –como de forma habitual, precisamente, en el indulto–, cuando la misma ya ha entrado en la fase de ejecución».

Se contempla la pena y no, por ende, el delito, continúa diciendo el mismo autor. Se actúa sobre aquélla, y no sobre la punibilidad. De suerte que tales causas ni extinguen el delito, ni tampoco lo niegan: el delito ya ha existido, ha pasado si se quiere, pero no desaparece, ni se niega, sino que es, precisamente, el presupuesto sine qua non de la medida de gracia. Con estas causas, por consiguiente, la punibilidad no se ve menoscabada, ni tampoco así elemento alguno de la estructura del delito, puesto que aquélla subsiste, abstractamente, en la previsión de la norma. A pesar de ello, la institución del indulto puede que afecte a la restauración de la vigencia de la norma: la norma tras la comisión del delito, se estabiliza habitualmente mediante la pena (la negación hegeliana de la negación que es el delito) y toda clemencia irrumpe de forma abrupta en dicha estabilización, desestabilizando el propio sistema».

Señala igualmente SÁNCHEZ-VERA que «el «derecho de gracia» no es más que una supervivencia clemente que ha llegado hasta nuestros días, y, en sus manifestaciones más generales, adolece de motivaciones netamente políticas. No se trata más que, en definitiva, de una renuncia expresa al ejercicio del poder punitivo del Estado, fundada en razones de convivencia política, la cual resultaba lógica en un Estado que ejercía el ius puniendi de forma arbitraria, pero no en un Estado, como el actual, que lo ejerce de una forma ordenada –con arreglo a la ley– y, sobre todo, en separación de poderes. Cuando el titular del ius puniendi, sin separación alguna de poderes, era el Monarca, lógico era que él retuviese la otra cara de la moneda del derecho a castigar: el derecho a perdonar. Pero lo cierto es que el derecho de gracia, reconocido al Rey, ya no puede ser, por tanto, atribuido a alguien distinto de a quien está conferido el poder de juzgar, que no es otro que, según la propia Constitución, el pueblo. Y así, obviamente, hoy día, como quiera que el ejercicio del ius puniendi recae en el poder judicial, resulta un cuerpo extraño al propio sistema que el poder ejecutivo (indultos) o el legislativo (amnistías) puedan retener la contrapartida de dicho poder, es decir, de un poder que no les pertenece.».

para un aparte importante de la doctrina como un límite no suficientemente justificado a la división de poderes⁸.

Sin embargo, podemos advertir como, en relación con la remisión a la vía del indulto por parte del tribunal sentenciador, en sede de dilaciones indebidas, se daría la paradoja de que es el propio Poder Judicial el que «reenvía» subsanación de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas al Poder Ejecutivo, por lo que más que un desapoderamiento en el ejercicio del *ius puniendi* estaríamos en presencia, mas bien, de una cesión por parte del titular de su ejercicio.

c) Indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Es un remedio reconocido por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia 36/1984 cuando señala que «la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas genera, por mandato de la Constitución, cuando no pueda ser remediada de otro modo, un derecho a ser indemnizado por los daños que tal lesión produce.» Esta vía es la reconocida, con carácter general, en el artículo 121 de la Constitución, conforme a la cual «los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley» y en el artículo 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como concreción de tal mandato, a cuyo tenor «1. Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este título.2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e

⁸ Cfr. BACIGALUPO E., «Los límites políticos del Derecho penal», en Bacigalupo E. (dir.), *Justicia penal*, pp. 24 y ss.; en sentido similar: MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, 2004, 33/11; QUINTERO OLIVARES G., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2000, p. 765; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, 5.ª ed., Valencia 2002, pp. 419 y ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., en Zugaldía Espinar, J. M. (dir.), PÉREZ ALONSO, E. J. (coord.) *Derecho Penal, Parte General*, Valencia 2002, p. 955; CALDERÓN CEREZO, Á/CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona 1999, pp. 534 y ss.; GARCÍA MAHAMUT, R., *El indulto*, 2004, pp. 59 y ss. y 93; AGUADO RENEDE, C., *Problemas constitucionales*, 2001, pp. 101 y ss.; cfr. también, BUENO OCHOA, L., *Elogio y refutación del indulto. Estudio sobre la gracia de indulto y su regulación en el ordenamiento jurídico español*, Madrid 2007, pp. 41 y ss. y 55 y ss.

individualizado con relación a una persona o grupo de personas.3. La mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización». La indemnización habría de determinarse por el criterio de la íntegra restitución, lo que ofrecerá dificultad en casos como el estudiado, que implica en suma, una excesiva sujeción a las cargas derivadas del procedimiento penal.

2. La doctrina del Tribunal Constitucional respecto del contenido y efectos del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas

2.1. Consideraciones generales

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, como decíamos, se consagra en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, conectándose, por la vía del artículo 10.2 de la misma, con lo dispuesto en el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, al referirse al derecho que toda persona tiene a que su causa sea oída dentro de un *plazo razonable*. Evidentemente, siendo un derecho reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la interpretación que del mismo se haga mediante el mecanismo jurisdiccional instituido en tal Convenio y, por la mencionada vía del aludido artículo 10.2 de la Constitución, vinculará la interpretación que del derecho, aquí igualmente constitucionalizado, haya de hacer nuestro Tribunal Constitucional.

A estos efectos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos *Estima Jorge contra Portugal*, sentencia de 21 abril 1998, *Robins contra Reino Unido*, sentencia de 23 septiembre 1997 y *Soto Sánchez contra España*, sentencia de 25 noviembre 2003, señala que el carácter razonable de la duración de un procedimiento se aprecia siguiendo las circunstancias de la causa y teniendo en cuenta los criterios consagrados por la jurisprudencia del Tribunal, en particular la complejidad del asunto, el comportamiento del demandante y el de las autoridades competentes.

En el caso *Eckle contra Alemania*, sentencia de 15 julio de 1982, se señala que, en materia penal, el «plazo razonable» del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, comienza en el instante en que una persona se encuentra «acusada»; puede tratarse de una fecha anterior al inicio del proceso, como concretamente la fecha del arresto, de la inculpación o de la apertura de investigaciones preliminares.

Teniendo en cuenta lo anterior, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional interpretando el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, delimitándolo respecto de otros derechos, estableciendo su contenido esencial y las consecuencias de su vulneración se pueden enumerar, sintéticamente, del modo que se describe en el siguiente epígrafe.

2.2. *Pronunciamientos del Tribunal Constitucional*

- Las dilaciones indebidas se definen como un concepto jurídico indeterminado o abierto del que se dice que no se identifica con el mero transcurso de los plazos procesales⁹ y que es equivalente al plazo razonable a que se refiere el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

- Así mismo, dichas dilaciones no se sanan por el simple hecho de que el órgano jurisdiccional dicte tardíamente una resolución razonablemente fundada¹⁰, porque el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no es un derecho a que se resuelva motivadamente, sino a que se resuelva en un tiempo razonable¹¹. Es con ello que el Tribunal Constitucional deslinda el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del derecho a la tutela judicial efectiva.

- Por otro lado, el Tribunal Constitucional identifica la doble faceta, prestacional y reaccional, del derecho. La primera consiste en que los Jueces y Tribunales deben cumplir su función jurisdiccional de garantizar la libertad, la justicia y la seguridad con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, evitando dilaciones indebidas que quebranten la efectividad de la tutela¹². La faceta reaccional actúa en el marco estricto del proceso y se traduce en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas¹³.

- Para el alto tribunal, el derecho es invocable en toda clase de procesos y, asimismo, en las sucesivas fases e instancias por las que discurre el proceso, incluida la ejecución de sentencia.¹⁴

⁹ SSTC 36/1984, 223/1998, 180/1996, 109/1997, 58/1999, 303/00, 177/04.

¹⁰ STC 61/1991.

¹¹ STC 58/1999.

¹² SSTC 223/1988, 35/1994, 180/1996, 10/1999, y 303/00.

¹³ STC 35/1994 y STC 303/00.

¹⁴ SSTC 26/1983, 28/1989, 313/1993, 324/1994, 33/1997, 109/1997, 78/1998 y 303/00.

- El carácter razonable de la duración de un proceso debe ser apreciado mediante la aplicación a las circunstancias del caso concreto de los criterios objetivos, consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, la duración normal de procesos similares y el comportamiento de los litigantes y del órgano judicial actuante.¹⁵

- Para que pueda apreciarse que un retraso es constitutivo de una dilación indebida con relevancia constitucional no sólo es suficiente que se haya dictado una resolución judicial en un plazo que no sea razonable, sino que es requisito necesario que el recurrente haya dado al órgano judicial la posibilidad de hacer cesar la dilación y que éste haya desatendido la queja, mediando un plazo prudencial entre la denuncia de las dilaciones y la presentación de la demanda de amparo. Cuando los órganos judiciales hayan atendido esta queja y, en consecuencia, hayan adoptado las medidas pertinentes para hacer cesar las dilaciones denunciadas dentro de dicho plazo razonable o prudencial, deberá entenderse que la vulneración del derecho fundamental a las dilaciones indebidas ha sido reparado en la vía judicial ordinaria, sin que el retraso en el que haya podido incurrir la tramitación de ese proceso tenga ya relevancia constitucional¹⁶.

- Dada la manifiesta desconexión entre las dilaciones indebidas y la realidad del ilícito y la responsabilidad predicable del mismo, no cabe derivar de aquéllas una consecuencia sobre éstas ni, desde luego, hacer derivar de las dilaciones la inejecución de la sentencia condenatoria o el dictado de sentencia absolutoria¹⁷. La inejecución de las sentencias no sólo no forma parte del contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, sino que tampoco está prevista en ningún otro precepto de nuestro ordenamiento. Sin embargo, no corresponde al Tribunal Constitucional declarar la licitud o ilicitud de las inejecuciones de estas condenas, sino sólo desde la perspectiva de la vulneración de algún derecho fundamental. En relación con el artículo 24.1 de la Constitución, la clave para respetar el propio ámbito del recurso de amparo constitucional no es la de la mayor o menor corrección en la interpretación de la legalidad sino, el terreno de la arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad y el de la motivación suficiente¹⁸.

- Se confirma, por otro lado, la obligación de garantizar este derecho aun cuando la dilación se deba a carencias estructurales de

¹⁵ SSTC 313/1993, 324/1994, 231/1999 Y 303/00.

¹⁶ STC 303/00.

¹⁷ SSTC 381/1993 y 148/94.

¹⁸ SSTC 35/1994 y 148/94.

la organización judicial, pues no es posible restringir el alcance y contenido de este derecho, dado el lugar que la recta y eficaz Administración de Justicia ocupa en una sociedad democrática, con base en distinciones sobre el origen de la dilación que el propio precepto constitucional no establece¹⁹.

- Cuando no pueda ser remediada de otro modo, el remedio a las dilaciones indebidas puede consistir en un derecho a ser indemnizado por los daños que tal lesión produce.²⁰

2.3. *Consideraciones críticas*

Como puede verse, y aludimos a ello por la incidencia que tiene en relación con la postura adoptada por el Tribunal Supremo, se desliga el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del Derecho penal sustantivo, es decir, se dice, literalmente, que no guardando relación la realidad del ilícito y la responsabilidad que se pudiera derivar del mismo, no cabe extraer de aquéllas una consecuencia sobre éstas ni, desde luego, hacer derivar de las dilaciones la inejecución de la sentencia condenatoria o el dictado de sentencia absolutoria. Ello, claro está, en clave constitucional, esto es, que el derecho fundamental estudiado no exige para su protección el establecimiento de esa conexión²¹. Cualquier decisión en este sentido por los órganos del Poder Judicial estaría sujeta a control de constitucionalidad pero más bien desde la perspectiva, en su caso, de la tutela judicial efectiva, a los efectos de si se pudiera considerar o no vulnerada. Esto lo decimos porque la decisión del Tribunal Supremo, que estudiaremos posteriormente, relativa a compensar la lesión con la reducción de la pena por vía de la atenuante analógica no puede considerarse contraria a esta doctrina del Tribunal Constitucional. Cuestión distinta es que se considere desacertada, desde la perspectiva de la adecuada protección del derecho, mas ello es otra cuestión.

¹⁹ STC 10/1997.

²⁰ STC 36/1984.

²¹ En tal sentido las STC 148/94 y STC 381/1993, ya citadas. En sentido contrario se pronuncia HUERTA TOCILDO, al afirmar que sobre la base de tales razonamientos se descarta la posibilidad de fundamentar la creación jurisprudencial de la atenuante de dilaciones indebidas por vía de analogía con aquellas atenuantes que tienen su fundamento en la presencia en el caso concreto de una menor dosis de injusto o de culpabilidad. *Vid.* HUERTA TOCILDO, S. «La singularidad de la atenuante de dilaciones indebidas en la causa» en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer SL, Madrid 2008., p. 1042.

Ponemos, en este punto, el acento, en la solución propuesta por el Tribunal Constitucional en orden a la reparación. De entrada, puede afirmarse que postula una solución, dijéramos, procesal, esto es, que lo que ocurre en el seno del proceso se solucione en el seno del proceso y no desde la perspectiva del Derecho penal sustantivo que se aplica, a la postre, en el mismo, punto de partida que consideramos el idóneo para encauzar la cuestión. Se desprende de sus pronunciamientos que existe la carga, por parte del afectado de poner de manifiesto la dilación, interesar la reactivación de la tramitación y, sólo cuando ello no tiene lugar, se considera de relevancia constitucional a los efectos del otorgamiento del amparo. Por el contrario, si se produjera tal reactivación, se considera restaurada la integridad del derecho y no cabe la estimación del amparo. Discrepamos de esta solución, que parece ser la que, en síntesis, sostiene el Tribunal Constitucional, por una sencilla razón. Si ha concurrido una dilación indebida en la tramitación y luego se reactiva o reanuda ésta, el derecho, sin ningún género de duda, ha sido vulnerado. Esa reactivación ha de ser interpretada como el punto final, al menos hasta ese momento, de la dilación indebida, pero no puede identificarse con la restauración al justiciable en la integridad del derecho vulnerado. Pensemos, a título de ejemplo, que un procedimiento se paraliza en sede de instrucción, sin adoptarse resolución alguna, en un período de tres años. A los tres años, el perjudicado, constituido en acusación particular, interesa que se continúe con la tramitación, ante la ausencia de notificación alguna relativa al procedimiento. Ante esta petición, el órgano judicial, percatándose de la paralización, dicta la resolución procedente en los diez días siguientes a la presentación del escrito de parte, al objeto de permitir la continuación, por ejemplo, citando a declarar al imputado o acordando una testifical propuesta por la acusación particular. Aplicando a este supuesto la doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho habría sido restaurado, dado que, ante la petición de la parte, se reactivó la tramitación. Es esto, precisamente, lo que no podemos compartir. Si la dilación concurrió, la reanudación la habrá hecho cesar, mas ello no significa que el titular del derecho haya sido reintegrado en el mismo, pues ha soportado la dilación durante tres años y a ello no se le da solución, pues ese procedimiento, ya sin remedio, tendrá una tramitación más prolongada que la que es exigible desde la perspectiva del derecho que tratamos. Y, a la postre, la causa no será oída en un plazo razonable. Sin este matiz, se corre el peligro de solapar el derecho que tratamos con el de la tutela judicial efectiva, contradiciendo el deslinde que hizo el propio Tribunal Constitucional.

Cosa distinta es que quisiera interpretarse como una carga del justiciable evitar que se produjeran las dilaciones y que, en esa tesitura, fuera, él siempre, quien hubiera de denunciar la más mínima paralización o demora, a fin de que el órgano judicial reanude la tramitación, de modo que, con una parte personada muy diligente la concurrencia de dilaciones sería prácticamente imposible o, al menos, se garantizaría la prosperabilidad de un ulterior recurso de amparo. Esta interpretación consideramos que no la admite la naturaleza y finalidad del proceso penal, no sujeto al principio de justicia rogada y, por tanto, al que no se pueden imponer exigencias procesales derivadas de aquella. Tampoco se desprende de la finalidad del precepto constitucional y de la faceta prestacional que, como afirma el propio Tribunal Constitucional, tiene el mismo en relación con la Administración de justicia. Se podrá exigir que, antes de invocar la vulneración, se dé al órgano judicial la posibilidad de subsanarla, y ello por imperativo del artículo 44.1 de la LOTC, pero no puede identificarse este presupuesto procesal de admisibilidad del recurso de amparo con la subsanación misma del derecho vulnerado en el sentido que parece postular el Tribunal Constitucional. La subsanación es, precisamente, lo que ha de prever la legislación vigente en tales casos, atendiendo, en nuestra opinión, a la faceta reaccional de derecho que pone de relieve el Tribunal Constitucional.

Dejamos la cuestión abierta, por el momento, al objeto de retomarla al exponer la solución que propondremos.

Por último, destacamos que la posibilidad de obtener una indemnización se contempla como una consecuencia subsidiaria y no alternativa o acumulativa, esto es, que, en el fondo, no se considera el remedio adecuado. Y entendemos, igualmente, que no lo es, porque los derechos e intereses que se ventilan en el proceso, a los efectos de que éste sea oído en un plazo razonable, no guardan relación con un interés económico. Ello, sin perjuicio de que, si ese funcionamiento anormal provoca este tipo de perjuicios, se deba ser indemnizado por ello, mas no como remedio principal o subsidiario, sino, en su caso, como una restitución cuantificable económicamente por gastos originados por la tardanza.²²

²² A título de ejemplo, piénsese en un caso en que al imputado se le impone, como medida cautelar de naturaleza personal, la obligación de comparecer *apud acta* los días 1 y 15 de cada mes ante el órgano que conoce del procedimiento, obligación que, imaginemos, cumple escrupulosamente incluso en los períodos de dilación indebida. Tan pronto como ésta fuera declarada, y sin perjuicio de la consecuencia que a ello se anude, es evidente que tendría que surgir el derecho a ser indemnizado

3. Doctrina del Tribunal Supremo en materia de remedios propuestos para los supuestos en que concurren dilaciones indebidas

a) *Enquadramiento y criterio inicial*

Según nuestro parecer, las soluciones seguidas por el Tribunal Supremo han estado guiadas, más por la idea compensar la lesión sufrida por titular del derecho fundamental vulnerado, que de reintegrarlo en el mismo y ello ceñido, ante todo, a la persona del acusado que luego es condenado, pensándose siempre en la pena como elemento del que detraer ese mal causado y compensar así la vulneración del derecho. De ahí que, para resolver el problema, en un primer momento se optara por remitir a la vía del indulto y a la indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y posteriormente por la aplicación de la circunstancia atenuante analógica por dilaciones indebidas. Todas estas soluciones han soslayado que no sólo el acusado que posteriormente es condenado puede padecer dilaciones indebidas, sino también el acusado que luego es absuelto, o la propia víctima y el mero perjudicado, a todos los cuales no eran extensibles las soluciones aplicadas, salvo lo relativo a la indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, establecida con carácter general y no sólo para los casos de dilaciones indebidas.

La remisión al indulto y a la indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, seguida mayoritariamente hasta 1997 era, podría decirse, la más apegada a la normativa vigente, caracterizada por la carencia de previsión de soluciones legislativas, al menos directas, en caso de concurrencia de dilaciones indebidas²³. Esta solución, mantenida tras el dictado del Código Pe-

por los gastos que le suponía tales días acudir al Juzgado, durante ese período de indebida dilación.

²³ Haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 264 de la LOPJ, en el seno del Pleno no Jurisdiccional de 2 de octubre de 1992 se adoptó el acuerdo consistente en que las dilaciones indebidas sirven de fundamento para solicitar la concesión de un indulto y la indemnización correspondiente por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia conforme a los artículos 121 de la Constitución y 299 y siguientes de la LOPJ.

nal de 1995²⁴, recibió críticas de la doctrina²⁵ por considerarla ajena al Poder judicial y dependiente de la voluntad política del gobierno de turno y, por lo tanto, un medio poco ortodoxo de restaurar la lesión de un derecho fundamental que se produce en el curso de un procedimiento judicial. Sin embargo, desde un punto de vista compensatorio, y partiendo de la consideración del proceso como un mal que ha de sufrir el sometido al mismo era, en cierta manera, plausible, para los defensores de la idea de mera compensación, acudir a dicha vía. Ello porque, suprimiendo total o parcialmente la pena, ese mal, desde luego, quedaba compensado con el que provendría de la ejecución de la pena impuesta en su integridad. Si a ello se une que la concesión del indulto era compatible con la indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, la compensación podía llegar a ser total, desde esa perspectiva.

b) *Primeros indicios de cambio de criterio*

El cambio de criterio, no exento de discusión, en el Tribunal Supremo, vino precedido de sentencias aisladas, como la de 14 de septiembre de 1991. Las razones contrarias a la aplicación del indulto se exponen por el magistrado BACIGALUPO ZAPATER, que había sido ponente de aquella, en su voto particular a la sentencia 1591/92 de 6 de julio. En dicho voto particular señalaba que la remisión a la vía del indulto vulneraba, sin perjuicio de otras lesiones jurídicas, dos principios fundamentales del orden constitucional vigente: por un lado, el principio de la supremacía de la Constitución como norma jurídica y, por otro, el principio de la separación de poderes, dado que remitía a un Poder diverso del judicial la reparación de

²⁴ V.gr., en sentencia 71/1997 de 27 de enero, que aplicaba la doctrina vigente bajo la vigencia del Código Penal de 1973, que se entendía que no quedaba afectada por la regulación contenida en el artículo 4.4 del Código Penal de 1995, ya en vigor en el momento del dictado de la resolución a que aludimos. Así, se decía que el nuevo Código Penal de 1995 no había introducido innovación alguna en relación con la situación legal preexistente, pues el nuevo texto del artículo 4.4 de dicho Código, según se interpretaba, sólo autoriza la suspensión de la ejecución de la pena en tanto que no se resolviera la petición de indulto. Por ello, la única consecuencia de la apreciación por la Sala de la vulneración, al margen del derecho a solicitar la indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, era que se acordaba por dicha Sala solicitar al Gobierno el indulto parcial de la pena impuesta al recurrente.

²⁵ BELLOCH JULVE J. A., «Dilaciones indebidas», en *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya*, n.º 43, Bilbao 1989, p. 29 y 30; PRIETO RODRÍGUEZ, J.I., *op. cit.*, p. 113, calificándola de «la solución más pusilánime».

una lesión jurídica. Por el contrario, la reparación de una lesión de derechos fundamentales debe ser llevada a cabo, sostenía, por el Poder Judicial, pues así se lo imponen los artículos 9.1 y 117.1 de la Constitución y el artículo 5.1 de la LOPJ. La aplicación de la pena, en el caso de autos, en el mínimo legal posible, sólo constituía, decía, una reparación parcial, y determinaba, por lo tanto, la obligación de la Sala de arbitrar los medios para una reparación total²⁶.

Restringir, por tanto, a la competencia de los órganos del Poder Judicial la reparación de la lesión, era el punto de partida de la tesis, al amparo del principio de separación de poderes reconocido en la Constitución. Compartimos en esencia esta idea inicial, no ya porque tenga fundamento en la división de poderes, sino porque es lo que resulta de la interpretación sistemática de los artículos 5.1 y, en esta materia, artículo 7 apartados 1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como del artículo 44.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Es decir, la tutela, pudiéramos decir, ordinaria, ha de otorgarse en el seno del propio procedimiento judicial, sobre todo si la lesión se produce en el curso del mismo, sin perjuicio, claro está, de que, de no obtenerse reparación, se acuda a la vía del amparo constitucional que, precisamente exige, conforme al artículo 44 de la LOTC, que se haya puesto de manifiesto la lesión ante el propio órgano judicial.

Ahora bien, el mismo artículo 117.1 de la Constitución impone, en nuestro ordenamiento, el sometimiento del Poder judicial al imperio de la ley, que opera como límite, incluso, a la función constitucionalmente encomendada. De ahí que se prevea la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad cuando una norma con rango de ley, aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, entienda el órgano judicial que pueda ser inconstitucional.

En el caso que nos ocupa del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, lo que ocurría era que la ley no desarrollaba o, más bien, no preveía, el modo de reparar la lesión causada a dicho derecho, lo que se convertiría en título legitimador, según parece inferirse del voto particular de BACIGALUPO ZAPATER comentado, para, en aras de preservar la separación de poderes y la primacía de la

²⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia dictada en el caso *Eckle contra Alemania*, de 15 de julio de 1982, ya admitió la posibilidad de que una atenuación de la pena acordada por los tribunales internos pudiera ser un modo de reparación del derecho reconocido en el artículo 6.1 del Convenio, pero vino a exigir que se hubiera examinado la concreta concurrencia de un plazo irrazonable para ser oída la causa, que así se examinara, indicara y declarara y que ello, en el caso concreto, pudiera estimarse como una reparación adecuada.

Constitución, arbitrar una solución puramente judicial. Si, como decíamos, compartíamos en esencia el punto inicial, discrepamos de la consecuencia que se extrajo del mismo, en esta cuestión, que no es otra que los órganos del Poder judicial pueden suplir la inactividad del legislador, si bien encontrando apoyatura, aunque pueda ser forzada, en una norma dictada por el mismo.

En este punto consideramos importante traer a colación el artículo 53.1 de la Constitución, que establece las garantías básicas de los derechos reconocidos en el Capítulo segundo del Título I de la misma, donde se incardina el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. En él se establece como garantía mínima para tales derechos, pues luego se contempla la reforzada para el principio de igualdad y los contemplados en la sección primera de dicho Capítulo, esto es, la vinculación directa a todos los poderes públicos, la reserva de ley (orgánica) y el recurso de inconstitucionalidad. Con base en dicho precepto, puede afirmarse que la vinculación directa del derecho del que hablamos a los órganos del Poder Judicial consistiría en que los procesos han de tramitarse respetando ese derecho, esto es, sin dilaciones indebidas. En caso de vulneración, la fijación de las consecuencias para tal supuesto ha de entenderse reservada al legislador, que es a quien constitucionalmente se encomienda tal función. Por tanto, no entendemos que se vulnere la supremacía de la Constitución por el Poder judicial por no arbitrar una solución ante un vacío legal, sin perjuicio de que se pueda acudir a las vías de integración previstas en el ordenamiento jurídico, mas ello siempre que sea posible. Y si se entendiera que la vía legalmente prevista o posible es insuficiente o insatisfactoria, ello no se convierte en título habilitante para crear una distinta al amparo de la vinculación directa de la Constitución, pues es la misma quien establece tal límite.

c) *Estado de la cuestión tras la entrada en vigor de Código Penal de 1995*

Pese al Acuerdo de 2 de octubre de 1992, ya citado, que descartaba un cambio de criterio, la entrada en vigor del nuevo Código Penal de 1995 había de tener incidencia en la materia, pues, aun no planteando solución expresa a la cuestión de las dilaciones indebidas, hacía mención a ellas en su artículo 4.4. Por otra parte, entendemos, no podía ignorarse la existencia de voces discrepantes respecto de lo acordado, representadas principalmente por BACIGALUPO ZA-

PATER²⁷. En este contexto, se sometió de nuevo la cuestión de las dilaciones indebidas a Pleno no jurisdiccional.

Éste se celebró el 29 de abril de 1997 y se acordó que, en caso de alegarse en recurso de casación vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y, de constatarse dicha vulneración, el motivo casacional había de ser estimado, sin pronunciamiento de segunda sentencia, sin condena en costas y con los pronunciamientos pertinentes sobre petición de indulto y suspensión de la pena, en tanto se tramitara el indulto conforme al artículo 4.4 del Código Penal. Aun cuando se discutió, se descartó en dicho Pleno la aplicación de una atenuante analógica de dilaciones indebidas, por entenderla carente de base legal²⁸.

d) *Cambio de criterio: creación de la atenuante analógica*

El siguiente hito lo marca, de nuevo, la celebración de un nuevo Pleno no jurisdiccional, de 21 de mayo de 1999, en el que se va a dar

²⁷ Cfr. del mismo autor «Principio de culpabilidad e individualización de la pena» en CEREZO MIR, J. *et. al* (eds.), *El nuevo Código Penal, presupuestos y fundamento*, Comares, Granada 1999, pp. 33 y ss.

²⁸ En relación con este precepto se afirma por MANJÓN-CABEZA OLMEDA que para salvar el contenido del mismo, ha de hacerse una diferenciación entre el régimen general de ejecución si mediara petición de indulto, previsto en el inciso 2.º que sería la regla general, y la regla especial del inciso 1.º Así, en el caso del segundo inciso (regla general), existiría la posibilidad, pero no la obligatoriedad, de suspender la pena si con la ejecución pudiera frustrarse la finalidad del indulto, previa una comparación de la pena impuesta con la que resultaría de la concesión del indulto. Si se pide el indulto total, habría de suspenderse en todo caso (pues de estimarse la petición, se habría cumplido ya algo de la pena que deja sin efecto totalmente el indulto) y si es pedido de modo parcial, al menos habría de suspenderse la parte de pena que incluyendo eventuales abonos por prisión preventiva, excediera de la que pudiera restar en caso de concederse el indulto. Los casos en que podría optarse por no suspender serían aquellos en los que, entre la pena impuesta y la resultante de indulto parcial siga existiendo una gran diferencia, por lo que el beneficio del indulto no se vería perjudicado por el inicio del cumplimiento. Por lo que se refiere a la regla del inciso primero, la interpretación que cabe dar a la expresión «*que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*» es, según la misma autora, que, si en un proceso penal se producen dilaciones indebidas, hasta el punto de vulnerarse el derecho fundamental, apreciándose así en resolución fundada y, por este solo motivo, se solicita el indulto, el juez deberá suspender la ejecución de la pena en todo caso, sin deber plantearse la cuestión de la finalidad frustrada del indulto, ni estar obligado por el precepto ni siquiera al hecho de solicitarlo. Con todo, sostiene la misma autora, el precepto no dio solución judicial a la cuestión de las dilaciones indebidas pero sí arbitró una solución por la vía del indulto y de la suspensión de la ejecución. (Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA A., *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, Grupo Difusión, Madrid 2007, pp. 174 y ss.).

un giro a la interpretación tradicional de remisión a la vía del indulto, para encontrar una solución considerada puramente «judicial». Se acordó que la solución jurisdiccional a la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, previamente invocada, era la de compensación con la penalidad por la vía de la atenuante analógica del artículo 21.6 del Código Penal, argumentándose que si la ley compensa las pérdidas legítimamente ocasionadas por el Estado en el curso de un proceso penal, es también evidente que, con más razón, debe proceder de la misma manera cuando la lesión jurídica no está justificada, pues, igualmente, mediante los perjuicios anormales del procedimiento, que el autor ha tenido que soportar, ya ha sido en parte penado. Del mismo modo, se acordaba que la inexistencia de dilaciones indebidas no era presupuesto de validez del proceso ni de la sentencia condenatoria, debiendo partirse de la validez de la sentencia aun cuando concurrieran dilaciones indebidas²⁹.

d.1) Exposición

Tras el citado acuerdo se adopta el criterio aludido de apreciar la atenuante analógica de dilaciones indebidas en la sentencia 934/1999, de 8 de junio, de la que, igualmente, era ponente BACIGALUPO ZAPATER, señalando varios motivos para la asunción de lo acordado, cuales fueron:

- a) Desde un punto de vista institucional los Tribunales del Poder judicial deben tener la capacidad de reparar la lesión de un derecho fundamental, pues precisamente cuando un Tribunal

²⁹ Cfr. Opinión favorable a la construcción de la analogía, que mantienen BACIGALUPO ZAPATER, E., «Principio de culpabilidad e individualización de la pena», *opus cit.*, pp. 33 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, J.A. *Individualización judicial de la pena: Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Colex, Madrid, 1997, pp. 184 y ss.; JORGE BARREIRO A. «La motivación en la individualización judicial de la pena», en *Manuales de formación continua, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1999, pp. 107 y ss.; RUIZ VADILLO, E., «Comentarios al artículo 21,6.º del Código Penal» en «Código Penal, doctrina y jurisprudencia», Trivium, Madrid, 1997, p. 801. Y opinión contraria a la construcción analógica que mantienen RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Compendio de Derecho Penal. Parte General», Dykinson, Madrid, 2006, p. 170; FERNÁNDEZ-VIAGAS B., P., «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», Civitas, Madrid, 1994, pp. 224 y ss. OTERO GONZÁLEZ, P. *La circunstancia atenuante analógica en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 125 y ss. ASÚA BATARRITA, A. «Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional» en *El nuevo Código Penal, presupuestos y fundamento*, Comares, Granada 1999, pp. 237 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M. «Las Recomendaciones del Consejo de Europa sobre la determinación judicial de la pena», en *Revista de Ciencias penales*, Madrid, 1998, pp. 16-21.

constata que se han producido lesiones de derechos, está obligado a ejecutar lo juzgado y ello implica necesariamente que tiene que establecer cuál es la reparación de la lesión jurídica advertida. Desplazar esta facultad al Ejecutivo, por lo tanto, resulta difícilmente compatible con el art. 117 de la Constitución y podría vulnerar el principio de división de poderes en el que se asienta ésta.

- b) Desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución) se comprueba que el derecho de acceder a un Tribunal se vería prácticamente anulado, si ese Tribunal carece de la facultad de reparar la lesión jurídica.
- c) Después de la primera decisión del Pleno de la Sala se produjo una reforma de la Ley Penal³⁰, en la que el legislador no dio una solución expresa a esta cuestión. Se entiende, en este caso, que una solución en el seno de proceso judicial y por el propio órgano judicial, no por la mera remisión a la vía del indulto.
- d) La cuestión de la reparación de la vulneración del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas queda abierta a cualquier otra modalidad que parta de la validez de la sentencia recaída en un proceso en el que tal derecho ha sido infringido.
- e) Existen circunstancias, posteriores a la comisión del delito, que pueden compensar la culpabilidad

Es la última de las razones citadas, esto es, que hay circunstancias posteriores a la comisión del delito que reducen la culpabilidad, la que, entendemos, ofrece mayor dificultad y en ella nos detenemos.

Se dice en dicha sentencia que en un Derecho penal de culpabilidad, como el vigente, el cumplimiento de la pena extingue completamente la culpabilidad, lo que hace compatible el Derecho penal de culpabilidad con el mandato constitucional del art. 25.2 de la Constitución, pues sin extinción de la culpabilidad por el cumplimiento de la pena no sería posible la reinserción social, pues ésta presupone que ya nada cabe reprochar al autor del delito. Esta idea fundamental del ordenamiento jurídico-penal, se sostiene en la sentencia, demuestra, a criterio de la Sala, que la culpabilidad es una entidad modificable y que hay hechos posteriores al delito que pueden modificar su significación originaria respecto de la pena aplicable. Todo lo contrario ocurriría si el nuestro fuera un Derecho penal de autor, dado que desde esta perspectiva el carácter del autor no puede ser modifi-

³⁰ La introducida mediante la Ley Orgánica 10/95, por la que se aprobaba el nuevo Código Penal.

cado ni compensado, tal como sucede con su tendencia al delito. De ahí que se conecte la cuestión con las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal y, dada la ausencia de previsión legal de atenuante alguna en esta materia, se acuda a la atenuante analógica inicialmente contemplada en el artículo 21.6.^a del Código Penal.

En relación con la atenuante por analogía, se decía por ORTS BERENGUER³¹ que mediante ella se consigue la regulación de situaciones y conductas por una norma que manifiestamente no las comprende, que no las ha previsto de una manera expresa, de cara a proyectar sobre ellas su eficacia. Así, estas situaciones y conductas han de referirse al significado del conjunto de las atenuantes, y no a cada una en particular y que ese significado está en la menor necesidad de pena, en la menor imputabilidad o en propósitos político-criminales.

d.2) Compensación de la culpabilidad

El problema del planteamiento descrito consiste por tanto en que la construcción de la atenuante analógica se pretendía asentar sobre la base de la culpabilidad y la extinción parcial que de la misma se produce con posterioridad a la comisión de delito.

Esta extinción da lugar a la utilización en la sentencia 934/1999, de 8 de junio que comentamos de dos conceptos, que se denominan, «compensación constructiva» y «compensación destructiva». Se habla de compensación porque se refiere a hechos que extinguen parcialmente la culpabilidad, estribando la diferencia en que, en la constructiva, esos hechos son actos del sujeto y en la destructiva actos de terceros, esencialmente, el Estado, a través del proceso penal, que suponen una pérdida anticipada de derechos de los que el imputado se debería ver privado sólo después de la imposición de la pena para, precisamente, extinguir la culpabilidad.

- *Compensación constructiva*

La compensación constructiva estaría representada por las circunstancias atenuantes de confesión de la infracción y de reparación

³¹ ORTS BERENGUER, E., *Atenuante de análoga significación*, Universidad de Valencia, Valencia 1978, pp. 21 y ss. Sobre el particular cfr: GOYENA HUERTA, J. «Las atenuantes por analogía», en MUÑOZ CUESTA, J. (coord.) *et al.*, *Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 147 y ss. y RODRIGUEZ DEVESA, J.M., y SERRANO GOMEZ, A., *Derecho Penal Español. Parte General*, Dykinson, Madrid 1992, p. 718.

del daño, contempladas en los números 4 y 5 del artículo 21 del Código Penal. En relación con ellas, señala MELENDO PARDOS³² que, «pese a que la cuestión no es pacífica en la doctrina, existe un sector que defiende que la atenuante de confesión de la infracción facilita la tarea de la administración de justicia, lo que constituye, a su vez, el fundamento de la misma, pues hace más fácil la aplicación coactiva de la ley y por tanto, razones de mayor efectividad de la norma penal legitiman la existencia de la misma. Por su parte, en el caso de reparación del daño, existen diversos pronunciamientos sobre el fundamento de la circunstancia, desde la atención a los intereses de la víctima a la menor necesidad de pena. Desde la perspectiva de la protección de bienes jurídicos, como fin del Derecho Penal, esa reparación ayudaría a la protección del bien jurídico, por suponer un comportamiento dirigido a suprimir los efectos de su lesión.»

Viendo esta descripción, fácil es advertir que ninguna relación puede verse entre las referidas circunstancias atenuantes encuadradas en la compensación constructiva con las dilaciones indebidas ocurridas en el seno de un procedimiento y, por consiguiente, analogía, salvo que tanto unas como otras aparecen tras la comisión del hecho punible. Ello es así porque las primeras se fundan en razones de utilidad o eficacia del sistema punitivo, pues permiten, bien el más rápido resarcimiento de la víctima, bien facilitar la persecución del delito, con las ventajas que ello implica para el Estado. En el caso de las dilaciones indebidas, nada de ello concurre, pues no se facilita la persecución del delito ni el cumplimiento de fines del proceso penal ni, por otra parte, el sujeto al proceso, en este caso el imputado, realiza acto constructivo alguno, pues de hacerlo, en muchos casos, se pondría fin a la dilación.

Al margen de todo lo anterior, es paradójico, como afirma HUERTA TOCILDO³³, que se utilice como término de comparación una circunstancia atenuante que prevé la reparación del daño causado a la víctima cuando es a ella a quien principalmente perjudican esas dilaciones, ya que se ve demorada *sine die* la resolución final del proceso penal y la consiguiente satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar en caso de que fuera pronunciada sentencia condenatoria. Máxime, continúa diciendo la misma autora, «cuando tales dilaciones constituyen claras perturbaciones del modelo garantista de prevención del delito y de inmediata atención a

³² GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J. M., MELENDO PARDOS, M. y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 1.ª Ed., Dykinson, Madrid 2011 p. 699.

³³ HUERTA TOCILDO, S., *opus cit.* p. 1046.

las víctimas». Y, añadimos, sin poder obviarse que una prolongada sujeción al proceso de la víctima le impide una pronta superación de la situación traumática que suele generar sobre la misma la comisión del delito.

- *Compensación destructiva*

La compensación destructiva se identifica en la sentencia 934/1999, de 8 de junio, con una pérdida de derechos que es consecuencia del delito y del proceso al que éste da lugar. A título de ejemplo se alude en dicha sentencia al artículo 58 del Código Penal, en el que se ordena abonar para el cumplimiento de la pena el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente. Lo mismo ocurre en el supuesto del artículo 59 del Código Penal, en el que se dispone la compensación de la pérdida de derechos ya sufrida por las medidas cautelares mediante su abono en la pena, cuando éstas sean de naturaleza distinta de la pena impuesta. Dado que la pena es, por sí misma, una reducción del *status* del autor respecto de sus derechos fundamentales, es evidente que toda privación de derechos sufrida legítimamente durante el proceso constituye un adelanto de la pena que no puede operar contra el acusado.

Esta comparación con el abono de la prisión preventiva o las restantes medidas cautelares de naturaleza personal es igualmente difícil de compartir. De un lado porque, nuevamente, se restringe a la persona del condenado, pero no es aplicable a quien sufre dichas privaciones, es absuelto a la postre y además, han concurrido dilaciones indebidas. De otro, porque la causa de la compensación no es una reducción anticipada de culpabilidad sino una cuestión derivada, a nuestro juicio, del principio de legalidad penal. Así, cuando se comete un hecho tipificado como delito, la ley ya prevé la pena a imponer, modulable posteriormente en función de todos los elementos que han de ser valorados en el momento de dictar sentencia, entre ellos, la proporcionalidad de la pena a la gravedad del hecho, dentro de los márgenes punitivos legalmente previstos. Que hayan existido o no privaciones de derechos en el curso del proceso, esencialmente, la prisión preventiva, se tendrán en cuenta, mas no para adecuar la pena a la culpabilidad del sujeto, sino para que, una vez hecha la individualización, no cumpla más pena que la legalmente prevista, que no es otra que la acorde a la valoración conjunta de todas aquellas circunstancias. Por ello se denomina «abono» y consiste en una mera operación aritmética. Al margen de este particular, la prisión preventiva tiene unas finalidades, legalmente previstas en el artícu-

lo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal³⁴, que, por supuesto, no guardan relación con la culpabilidad como elemento del delito.

Más difícil de compartir, incluso, es la afirmación de que toda pérdida de derechos ocurrida en el seno del proceso ha de ser compensada con la pena a imponer, que sería el nexo de unión con las dilaciones indebidas, dado el carácter de derecho fundamental que tiene el de no sufrirlas. Será compensable, o abonable, aquella pérdida que comparta la misma naturaleza que la pena a cumplir o a imponer, mas no creemos que pueda equipararse a tal efecto la sujeción al proceso con estar sujeto a prisión preventiva o cualquier otra medida cautelar de naturaleza personal y que se considere restrictiva de derechos. En muchos casos, y a salvo de la situación de interinidad que puede entenderse existente durante la tramitación del proceso penal en relación con el imputado, no existe privación anticipada de derechos del imputado cuando no le hayan sido impuestas medidas cautelares de naturaleza personal en el curso del proceso.

d.3) Conclusión

En conclusión, parece que el *iter* argumentativo de la analogía no encontraba suficiente asidero en las circunstancias 4.^a y 5.^a del artículo 21 del Código Penal, y había de apoyarse en las privaciones de derechos aludidas para justificar que provinieran de un tercero y no de la conducta del propio imputado, de modo que su unión diera lugar a la construcción de la analogía. De ahí que entendamos que no había analogía con las circunstancias 4.^a y 5.^a y que el procedimiento de construcción de la misma era técnicamente incorrecto, pues hacía una suerte de analogía, además de con aquellas, con una figura que no era circunstancia atenuante y, por tanto, extraña al proceso de construcción de una atenuante analógica, más allá, incluso, de la ampliación que de tales supuestos se describía en la posterior sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2005³⁵.

³⁴ Evitar el riesgo de fuga, evitar la alteración, ocultación o destrucción de fuentes de prueba, evitar que el imputado actúe contra bienes jurídicos de la víctima y, en algunos casos, evitar el riesgo de reiteración delictiva

³⁵ Aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco atenuantes restantes del art. 21 del Código Penal; aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código Penal, y que suponga la «ratio» de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico

La solución, igualmente, planteaba problemas en cuanto a la extensión de las posibilidades de reparación. Es evidente que, hasta el dictado de sentencia firme, incluso en trámite de recurso de casación, podría apreciarse la atenuante³⁶. Sin embargo, posteriormente al dictado de sentencia firme, momento a partir del cual podrían seguir concurriendo dilaciones, en fase de ejecución, el problema no queda resuelto con la creación de la atenuante.

4. Reconocimiento legislativo

4.1. *Artículo 21.6.ª del Código Penal, introducido por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio*

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, en relación con la introducción de la atenuante de dilaciones indebidas se limita a señalar que «en materia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se ha considerado conveniente otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas. Se exige para su apreciación que el retraso en la tramitación tenga carácter extraordinario, que no guarde proporción con la complejidad de la causa y que no sea atribuible a la conducta del propio imputado». De esta manera se recogen los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía.

Y, así, se ubica en el número 6.º del artículo 21 del Código Penal una nueva circunstancia atenuante del siguiente tenor literal:

«La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.»

De entrada, puede observarse que se añade al tradicional concepto de «indebida» el que sea extraordinaria, con lo que parece mane-

protegido; aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código Penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas.

³⁶ En este sentido, STS 135/11, de 15 de marzo, que admite la apreciación de oficio por el tribunal sentenciador. Criterio contrario se sostiene en la STS 325/11 de 29 de abril.

jarse un concepto más estricto que el propio del texto constitucional. Pese a ello, entendemos que no ofrece problemas de constitucionalidad, no ya porque hayan transcurrido más de treinta años desde el dictado del texto constitucional sin que se arbitrara una regulación clara de la cuestión, a lo que se da respuesta, sino porque el concepto de extraordinario puede entenderse incluido en lo indebido; esto es, si es extraordinaria de por sí será indebida y, a contrario, difícilmente podrá hablarse de que sea indebida si no es extraordinaria, todo ello a efectos de que pudiera considerarse restrictiva de la literalidad del artículo 24 de la Constitución.

El elemento añadido de que no sea atribuible al propio inculpa-do, excluye problemas interpretativos cuando se diera tal circunstancia y el elemento que exige la relación de proporcionalidad con la complejidad de la causa no es más que, nuevamente, una manifestación del carácter indebido que ha de tener la dilación, pues de guardar tal proporcionalidad, no podría hablarse de que la dilación en la tramitación fuera indebida.

El reconocimiento legislativo de esta circunstancia atenuante pone fin a la situación creada tras la construcción jurisprudencia como atenuante analógica.

4.2. *Valoración doctrinal*

MELENDO PARDOS³⁷, ubicando la circunstancia dentro de la punibilidad como elemento del delito y agrupando su estudio junto con las condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias, así como con las circunstancias atenuantes de confesión de la infracción y reparación del daño y las inviolabilidades, señala cómo destaca la doctrina que se trata de compensar la vulneración de un derecho fundamental con esta atenuante. Aceptando esta perspectiva, señala que son razones de eficiencia las que inclinan al legislador a establecer la atenuación; decide tener en cuenta los intereses violados del autor del delito y ello hace que no resulte necesaria una exigencia completa de responsabilidad³⁸.

³⁷ *Opus cit.*, pp. 701 y ss.

³⁸ Cfr. LUZÓN CUESTA, F. «*Compendio de Derecho Penal, Parte General*», 21.ª Ed., Dykinson, Madrid, 2011, pp. 121 y ss. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Código Penal, Comentarios y jurisprudencia*, Parte General, 1.ª ed., Comares, Granada 2010, pp. 655 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y ARROYO ZAPATERO L., *Curso de Derecho Penal; Parte General*, 2.ª Edición, Experiencia, Madrid 2010, pp. 413 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR J. I., (Dir.) *Fundamento de derecho Penal, Parte General*, 4.ª Edición, Tirant lo Blanch

ÁLVAREZ GARCÍA³⁹ mantiene una opinión contraria a la configuración legal de la atenuante, entendiendo que su introducción, –que no figuraba ni en el Proyecto de Ley, introduciéndose por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados– es desacertada, pues no es correcto afectar a la prevención general con la inclusión de circunstancias atenuantes que lo único que ponen de manifiesto es la incapacidad del Ejecutivo para reformar la Justicia penal. Las dilaciones indebidas, afirma ÁLVAREZ GARCÍA, no pueden ser objeto nunca de una atenuante por tratarse de un hecho completamente ajeno a la dinámica delictiva. La única «bondad» predicable de la inclusión de la atenuante sería para dicho autor poner fin a lo que constituía un ejemplo de creación judicial del derecho, lo que vulneraba el principio de legalidad.

Igualmente, señala ÁLVAREZ GARCÍA, lo que se consigue es que los administrados se olviden de la responsabilidad personal que corresponde a los jueces y magistrados por las dilaciones indebidas en el ejercicio de sus funciones. En la misma línea se pronunciaba ya, en relación con la construcción como circunstancia analógica HUERTA TOCILDO⁴⁰.

Valencia, 2010, p. 355; LANDECHO VELASCO C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, M. C., *Derecho Penal Español. Parte General*, 8.^a Edición, Tecnos, Madrid 2010, p. 448; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, 8.^a Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2010 pp. 477 y ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Civitas, Madrid, 2010; MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General* 9.^a Edición, Repetitor, Barcelona 2011, pp. 614 y ss.; ALCÁCER GUIRAO, R., «Dilaciones indebidas (atenuante)», en *Memento Experto. Reforma penal 2010*, ed. Francis Lefebvre, Madrid 2010, pp. 633 y ss. y del mismo autor «Dilaciones indebidas» en *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2011*, Madrid, 2011, pp. 357 y ss.; CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Tecnos, Madrid 2011, p. 208.

³⁹ ÁLVAREZ GARCÍA F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, 2010, p. 53. Cfr. igualmente ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., en QUINTERO OLIVARES, (dir.) *La reforma penal de 2010, análisis y comentarios*, Aranzadi, Pamplona 2010, pp. 29 y ss.

⁴⁰ «En verdad no se me ocurre para ello otra explicación que no sea ver en la atenuante de dilaciones indebidas un inconfesado propósito de los órganos judiciales de hacerse perdonar por los justiciables los eventuales retrasos injustificados en la administración de justicia en que pudieran incurrir. Su aplicación se produciría así en un contexto que cabría calificar de suerte como «do ut des» y enunciarse de la siguiente manera: si tú procesado, no denuncias las dilaciones, yo, Juez, te compensaré por ello reduciéndote sensiblemente la pena» y «tiene empero una indudable virtud de tener un efecto útil para las arcas del Estado, en el sentido de que con ella se propicia un importante ahorro en lo relativo a la posible percepción de compensaciones económicas por razón de irregularidades en el funcionamiento de la administración de justicia. También lo tiene para los órganos judiciales, dado que con su aplicación se favorece la resolución interna de los problemas inherentes a una

Partiendo de nuestra opinión contraria a la creación de la circunstancia atenuante analógica, que ya hemos expuesto, trasladamos aquí los mismos argumentos, dado que el legislador ha asumido, prácticamente, la construcción jurisprudencial, sin perjuicio de lo que diremos posteriormente. Sin embargo, consideramos conveniente exponer nuestra discrepancia con lo sostenido por los dos autores que acabamos de citar en relación con la finalidad última de la creación de la atenuante, bien analógica bien propiamente como tal.

Partiendo de la dificultad de valorar los juicios de intenciones sin caer en el mismo error en que puede encontrarse aquel que los juzga y sin ánimo de polemizar de modo estéril, pues no es ésta la cuestión esencial en materia de dilaciones indebidas, hemos de decir que, con y sin atenuante, la responsabilidad penal, civil y disciplinaria de jueces y magistrados están contempladas tanto en el Código Penal como en la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴¹ y su exigencia no está supeditada a que, hablando de esta cuestión, el condenado sea resarcido del retraso mediante una reducción de la pena. Si se quiere decir que se compra su silencio, a los efectos de que no denuncie la dilación, ello tampoco tendría por qué ser así del todo, pues una vez obtenida la reducción nada se lo impediría, máxime cuando en muchas ocasiones el órgano que enjuicia es distinto de aquél ante el que se produjo la dilación. Y, de otro lado, porque, si hemos dicho que la creación de la atenuante, al margen de dogmáticamente inidónea, no es más que una solución parcial al problema, dejando sin remedio directo a las víctimas, perjudicados o acusados absueltos, éstos, en cuanto que no beneficiados por la atenuante, siempre tendrían interés en denunciar la dilación a los efectos de la exigencia de la responsabilidad que, en su caso hubiera. Y no puede desconocerse que, cuantitativamente, pueden no ser menos que los condenados, sino más bien lo contrario.

demora indebida de los procedimientos mediante el pago a los justiciables de una compensación más o menos generosa en la medida de la pena finalmente impuesta». *Opus cit*, p. 1050 y p. 1057.

⁴¹ Vid. artículos 446 a 449 del Código Penal, que contemplan, bajo el epígrafe «de la prevaricación» diversas conductas, entre ellas, el retardo malicioso, con las previsiones orgánicas establecidas al efecto en los artículos 405 a 410 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; artículos 417.9 y 418.11 de la LOPJ, que tipifica, según los casos, como falta disciplinaria grave o muy grave, la desatención o retraso injustificado en la tramitación, más las previsiones para su exacción de los artículos 414 a 427 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; artículos 411 a 413 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sobre la responsabilidad civil, que establece la acción directa y no la indirecta de la repetición.

En último término, creer que por atenuar la pena se ocultan las irregularidades en el funcionamiento de los órganos judiciales y que ello esté en la mente de quien creó o aplica la atenuante, carecería de sentido cuando la propia resolución en que se aprecie la concurrencia de la circunstancia atenuante ha de razonar su concurrencia e identificar las paralizaciones o demoras injustificadas, hecho lo cual, cualquier parte interesada, que no necesariamente ha de ser el condenado, como hemos señalado, podría solicitar, como la mera expedición de un testimonio, el inicio de las correspondientes actuaciones al objeto de, en su caso, depurar la responsabilidad que procediera, de existir.

5. Ubicación sistemática de la atenuante de dilaciones indebidas en la estructura del delito: la punibilidad

5.1. Consideraciones generales sobre la punibilidad

A los efectos de ubicar la circunstancia atenuante legalmente creada dentro de las categorías del delito, se puede señalar que desde el punto de vista jurisprudencial, se ha oscilado entre incluirla dentro de la culpabilidad o como elemento a tener en cuenta a la hora de la individualización de la pena. Ya expusimos nuestra opinión relativa a que se considerara que reducía la culpabilidad del autor del delito de modo sobrevenido por los males a él causados como consecuencia de la demora injustificada en la tramitación del procedimiento⁴².

Llegados a este punto, la conclusión a la que llegamos es que la ubicación correcta de la circunstancia ha de hacerse en el seno de la punibilidad. A tal efecto, consideramos idóneo hacer una breve referencia a esta categoría del delito⁴³.

⁴² Vid. *Supra*, epígrafe 4, apartado d.2) del presente artículo.

⁴³ Tratada en CORVALÁN, J. G. *Condiciones objetivas de punibilidad*, Astrea, Buenos Aires 2009; MENDES DE CARVALHO, E., *Punibilidad y Delito*, Reus Madrid, 2007; GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona 2007; MORENO-TORRES HERRERA, M.L., *El error sobre la punibilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; FARALDO CABANA, P., *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000; DE ALFREDO, A. Y DESALMA, R., *Reincidencia y punibilidad: aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena*, Buenos Aires 1992; MAPELLI CAFFARENA, B. *Estudio jurídico dogmático sobre las condiciones objetivas de punibilidad*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990; MARTÍN PÉREZ, C., *Las condiciones objetivas*

Ésta se trataría del lugar donde se determinaría si, de acuerdo con consideraciones de conveniencia, de oportunidad o de carácter político-criminal, el legislador opta por aplicar una sanción penal al hecho culpable o si considera que es más oportuno llevar a cabo alguna limitación o, incluso, prescindir de la sanción que ha sido determinada por la gravedad de lo injusto culpable.

A propósito de la punibilidad, se suele discutir si no se trata realmente de un elemento estructural no esencial del delito, pues pese a tener un contenido propio, existe una escasa trascendencia práctica de las consideraciones que se llevan a cabo en esta categoría del delito con respecto a las ya tomadas en las anteriores. Los partidarios del carácter esencial de la categoría defienden su carácter fundamental para la realización última del principio de subsidiariedad en la aplicación de Derecho Penal; así, en la punibilidad se trataría tanto de tomar decisiones sobre el propio recurso a la sanción penal (lugar donde aparecen las clásicas referencias a las condiciones objetivas de punibilidad y a las excusas absolutorias) como también decisiones sobre la magnitud de la sanción en función de razones de conveniencia.

En este sentido se pronuncian OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO y HUERTA TOCILDO⁴⁴, cuando afirman que es el último elemento que ha de concurrir para que, en definitiva, pueda afirmarse que se ha cometido un delito. Así, de una parte, la punibilidad de un hecho no afecta para nada a los anteriores caracteres que el mismo ha de reunir para que pueda considerarse delictivo. De otra, puede consistir, bien en que se haga depender la imposición de la pena del cumplimiento de ciertas condiciones objetivas (por ello llamadas condiciones objetivas de punibilidad) o bien en que la persona autora del hecho reúna ciertas cualidades que impiden la imposición de la pena (en cuyo caso se habla de condiciones personales de exclusión de la pena), dentro de las cuales se distinguen las excusas absolutorias y las inviolabilidades.

En la misma línea se pronuncia MIR PUIG, inclinándose por entender, igualmente, que no se trata de una categoría unitaria, sino que hace referencia a dos grupos de elementos de distinta naturaleza. De una parte, las condiciones objetivas de punibilidad, de las que depende la relevancia jurídico penal del hecho con carácter objetivo

de punibilidad, Edersa, Madrid 1989; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delito y punibilidad*, Civitas, Madrid, 1983; E., GIL RAMÍREZ, A. *Ensayo sobre las condiciones objetivas de punibilidad*, Universidad Autónoma Nacional de Méjico, 1961.

⁴⁴ *Op. cit.*, pp. 117 y ss.

(frente a todos los sujetos que intervienen en él, sea como autores, sea como partícipes). De otra, aquellas circunstancias que impiden castigar a una determinada persona, pero no excluyen la objetiva relevancia penal del hecho ni, por tanto, la punibilidad de otras personas que participan en él. En el primer grupo se ubicarían las condiciones objetivas de punibilidad, que afectan al carácter penal de la antijuridicidad del hecho y de ellas depende, pues, el injusto penal (entendiéndose una antijuridicidad penal que pueda suponer la imposición de una pena y que se halle prevista en un tipo de delito). En el segundo grupo se situarían las excusas absolutorias o causas personales de exclusión o levantamiento de pena, que, al no afectar a la objetiva relevancia penal del hecho, no pueden impedir que subsista su antijuridicidad penal típica. En este caso podría sostenerse que, no excluyendo el injusto penal ni tampoco la posibilidad de imputarlo al sujeto, no impiden la presencia de un delito sino sólo, excepcionalmente, el castigo del mismo cuando es cometido por una determinada persona, o por el contrario que, si la consideración de un hecho como delito depende de que sea punible, debería exigirse la concurrencia de tales elementos personales en el seno de una categoría de «punibilidad» posterior a las de antijuridicidad e imputación personal.

RODRÍGUEZ RAMOS⁴⁵ argumenta que en ocasiones la ley señala vetos o prohibiciones de punición, atenuaciones o, incluso, agravaciones –como la reincidencia– que no encuentran acomodo en los elementos del delito. Ello es así por obedecer a su naturaleza político criminal, que incide más en la oportunidad de pena que en su necesidad, bien por atender a razones de justicia particular, bien por ambas razones a la vez, como es el caso de las llamadas excusas absolutorias y las condiciones objetivas de punibilidad. Todos estos supuestos se estudiarían en sede de punibilidad, como algo distinto a las antedichas categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

En este contexto de punibilidad aludido, podría ubicarse, según RODRÍGUEZ RAMOS, en atención a su ajenidad al comportamiento del delincuente y a su influencia en la punición, la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, ya consagrada en el artículo 21.6.^a del Código Penal. También se ubicaría en esta sede la suspensión de la ejecución de la pena por la petición de indulto, la extinción de la responsabilidad por muerte del reo, la prescripción del delito y el

⁴⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho Penal*, Dykinson SL, Madrid, 2010 pp. 179 y ss.

perdón del ofendido, así como los supuestos de inviolabilidad, inmunidad y ausencia de denuncia o querrela.

Opinión contraria a la existencia misma de la categoría de la punibilidad sostiene, BACIGALUPO ZAPATER⁴⁶, entendiendo que la consideración como categoría es innecesaria. Así, la mera redefinición de las categorías del delito, con el fin de ampliar su contenido para dar cabida a los elementos asignados tradicionalmente a la punibilidad no es sino una solución aparente y que los problemas referentes a la distinción entre elementos que han de ser alcanzados por el dolo y elementos que operan objetivamente, se mantiene en la medida en que no se renuncia al axioma según el cual el error sobre la punibilidad carece de relevancia. En último término, afirma que la trascendencia práctica de la discusión dogmática sobre si ciertos elementos deben pertenecer a lo injusto o a la punibilidad es insignificante mientras se mantenga tal máxima de carencia de relevancia del error sobre la punibilidad.

5.2. *Búsqueda del fundamento material de la punibilidad*

GARCÍA PÉREZ⁴⁷ se ocupa de estudiar el fundamento material de la punibilidad, esto es, si la categoría, en sí misma, se justifica más allá de un carácter meramente formal de ubicar en su seno circunstancias difícilmente incardinables en las otras categorías estructurales del delito. Parte de que es usual admitir la existencia de ciertas circunstancias, las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias, determinantes de la aplicación, exclusión o atenuación de la pena, que no pueden explicarse a través de la categoría de lo injusto culpable, planteándose la cuestión de cuál es el papel que han de jugar estos elementos en el Derecho penal. La doctrina mayoritaria, entre la que se incluye este autor, se inclina por la construcción de una categoría específica para dar cobijo a todos los elementos o a una parte de ellos, utilizándose a tal efecto expresiones como «punibilidad», «penalidad», «presupuestos de la punibilidad o de la pena». Señala el mismo autor que, pese a reducir la categoría al estudio de un escaso número de condiciones objetivas de punibilidad y de excusas absolutorias, existe una ausencia de estudios que

⁴⁶ BACIGALUPO ZAPATER, E., «Delito ... cit.», Civitas, p. 155.

⁴⁷ GARCÍA PÉREZ O., *La Punibilidad en el Derecho Penal*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1997, pp. 1003 y ss.

verifique a través de un análisis exhaustivo del Código Penal si son tan escasas como suele decirse.⁴⁸

A partir de aquí, se ocupa de estudiar cuál podría ser el principio rector de los criterios de las circunstancias generalmente ligadas a la punibilidad. Señala que, a tal efecto se suele acudir a los grandes principios que se han venido utilizando en la doctrina para darles unidad, que serían la política jurídica, la política criminal y el merecimiento y la necesidad de pena. Pues bien, sostiene que estos principios carecen de aptitud para unificar tales criterios.⁴⁹

⁴⁸ En la obra citada del mismo autor, estudia como supuestos incardinables en ambas categorías el encubrimiento en favor de parientes u otras personas allegadas, la exención de pena por razón de parentesco en los delitos contra el patrimonio, la exención de pena por convalidación del matrimonio, el desistimiento, la atenuación de la pena por la liberación de la víctima de la detención ilegal, la exención de pena por la acción de evitar la propagación del incendio, las exenciones y atenuaciones de pena en los delitos de rebelión y sedición, la retractación en el falso testimonio, la reparación del daño, en general, la reparación del daño e los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, la retractación en los delitos contra el honor, la exención de pena por el pago de las cantidades defraudadas a la Hacienda Pública y a la Seguridad Social o por el reintegro de las subvenciones obtenidas fraudulentamente, la restitución en la malversación de caudales públicos, la confesión del hecho a las autoridades, la atenuación de pena prevista para los delitos de terrorismo y tráfico de drogas por confesar los hechos y colaborar con las autoridades en el descubrimiento de los mismos y en la identificación de sus autores, la exención de pena para el particular por la denuncia del cohecho, el perdón, el indulto, la declaración de quiebra, concurso o suspensión de pagos, la sentencia y el auto de sobreseimiento o archivo en la acusación y denuncia falsas, la sentencia condenatoria dictada en causa criminal a consecuencia del falso testimonio dado contra el reo, las prerrogativas de los parlamentarios, las inmunidades establecidas en derecho internacional público, la garantía de reciprocidad, la exigencia de que el hecho sea punible en el lugar de ejecución como límite del principio de personalidad activa, las cuantías en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, el papel de la muerte en los delitos de inducción y cooperación al suicidio, la responsabilidad penal en los delitos cometidos a través de medios o soportes de difusión mecánicos, la prescripción del delito y de la pena y la circunstancia de no dar razón del paradero del detenido. *Opus cit*, pp. 103-293.

⁴⁹ En relación con la política criminal, porque su objeto consistiría en la definición del delito y la determinación de los medios para combatirlo eficazmente. Identificar con ella las circunstancias de exclusión o atenuación de pena a que nos referimos supondría utilizar el todo para individualizar una parte, puesto que representan sólo una parte de las circunstancias utilizadas en la legislación penal para definir el delito. Tampoco, desde un punto de vista negativo, la política criminal puede señalar los criterios ajenos a la misma en que se basa una parte de las circunstancias estudiadas pues supondría distinguir entre política criminal y política jurídica, lo cual no tiene cabida en el Derecho penal y su naturaleza secundaria, al implicar que la decisión acerca del recurso a la pena o de la medida de ésta vendría impuesta por otros sectores del ordenamiento jurídico. Por lo que se refiere a los criterios de merecimiento y necesidad de pena, los mismos ponen de relieve la existencia de dos

Llegados a este punto, considera García Pérez como fundamento de las circunstancias estudiadas en sede de punibilidad, y de la categoría misma, el principio de subsidiariedad⁵⁰. Parte de su carácter eminentemente utilitario, en cuanto que responde a un juicio de eficiencia, de adecuación al fin. A través de él se determinan los casos en los que el recurso a la pena resulta funcional para la protección de bienes jurídicos a través del aseguramiento de la confianza de los ciudadanos en la validez de las normas que los tutelan. Desde este punto de vista, la intervención penal sólo sería admisible cuando su fin no se pueda alcanzar con medios menos lesivos, al margen de que no entrañe costes adicionales por obstaculizar la protección de intereses distintos a los directamente vinculados con aquella. Es la visión que se ofrece desde esta perspectiva la que permite constituir la punibilidad como una categoría con contenido material, puesto que capta los presupuestos de delito ligados a su función como instancia de control social, más allá de la mera constatación de la infracción de la norma. Con ello se subsanan las carencias derivadas de llevar los aspectos derivados de la funcionalidad a la teoría de la indivi-

tipos de juicios: conforme a valores y de eficiencia. Conforme a valores en cuanto que se refiere a cualificar un acto como peligroso y reprobable de modo que lo hace acreedor de la pena para la adecuada protección de la comunidad. Y de eficiencia, por referirse a la idoneidad de la pena para alcanzar sus fines y a su idoneidad a tales efectos. Pues bien sostiene García Pérez que la falta de concreción de los principios que encarnan los juicios conforme a valores y de eficiencia, impide utilizarlos para unificar los criterios tenidos en cuenta a la hora de excluir o atenuar la pena.

Descartados los principios anteriores, entiende el autor que comentamos que es en el ámbito de la función y los fines del Derecho Penal donde se estudian una serie de principios dirigidos a recortar la intervención del Derecho Penal. Tradicionalmente estos principios serían los denominados principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, principio de fragmentariedad y principio de subsidiariedad. Respecto del principio de protección exclusiva de bienes jurídicos señala dicho autor que las exenciones o atenuaciones de pena estudiadas en sede de punibilidad no se basan en la ausencia del bien, sino que presuponen su existencia. Por ello, lo descarta como fundamento. Por lo que se refiere al principio de fragmentariedad en virtud del cual el recurso a la pena sólo es legítimo si se impone para la tutela de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques de mayor intensidad, se descartaría como principio rector de las exenciones o atenuaciones de pena a que nos referimos, esto es, las usualmente estudiadas en sede de punibilidad,. Ello se debe a que dichas circunstancias pueden presuponer excluir o atenuar la pena respecto de hecho que afectan a un mismo bien y que los hechos abarcados por ellas no suelen responder a un menor menoscabo del bien o a que la intensidad del ataque sea menor. (*Opus cit.*, p. 314 y 345 y ss.) Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Introducción*, ... pp. 59 y ss.; COBOS/VIVES, *Derecho Penal Parte general*, p. 78; Díez RIPOLLÉS J. L., *ADPCP*, 1991, pp. 84 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación...*, pp. 275 y ss., ZUGALDÍA ESPINAR J. M., *Fundamentos...*, pp. 99 y ss.; MARTOS NÚÑEZ J. A., «El principio de intervención penal mínima» en *ADPCP*, 1987, pp. 99 y ss.

⁵⁰ *Opus cit.*, pp. 347 y 348

dualización de la pena o al Derecho procesal penal, cuyo ámbito de desarrollo ha sido menor⁵¹.

Sentado la existencia de un fundamento material de la categoría, acudimos a MELENDO PARDOS⁵² quien sostiene que la punibilidad es un elemento esencial, no meramente estructural, del concepto de delito, situado al mismo nivel que la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. En esta sede se estudiaría la necesidad de exigencia de responsabilidad, atendiendo a consideraciones de utilidad, de conveniencia, de oportunidad, de efectividad, eficacia y eficiencia de la reacción penal. Destaca MELENDO que no tiene un carácter meramente negativo en el sentido de entender que «se da o no se da», sino que es una magnitud cuantificable, pudiendo concurrir supuestos en que ciertas razones justifiquen la imposición de una sanción, pero atenuada.

Partiendo de la necesidad de exigir responsabilidad una vez verificada la concurrencia de los anteriores elementos esenciales del delito, lo que se da por hecho, la punibilidad abarcaría el estudio de los elementos excluyentes de dicha necesidad, esto es, eximentes, y de los elementos graduadores de la misma, esto es, atenuantes.

Todo ello hace que, en cuanto que excluyentes de la necesidad de exigir responsabilidad, no se limite la punibilidad al estudio de las condiciones objetivas de punibilidad y de las excusas absolutorias, como se hacía tradicionalmente, sino que se incluya en esta sede el estudio de las inviolabilidades⁵³.

También se incluye en sede de punibilidad el estudio de aquellas circunstancias atenuantes que se basan precisamente en los aludidos criterios de conveniencia, de oportunidad, de efectividad, eficacia y eficiencia de la reacción penal, al modular ésta. Como tales se citan por MELENDO las circunstancias atenuantes de confesión de la infracción (artículo 21,4.^a del Código Penal), reparación del daño (artículo 21,5.^a del Código Penal) y las dilaciones indebidas (artículo 21,6.^a del Código Penal).

⁵¹ *Opus cit.* p. 385.

⁵² *Opus cit.* pp. 691 y ss.

⁵³ Que son las contempladas en el artículo 56.3 de la Constitución respecto del Rey, que es absoluta y la de los Diputados y Senadores contemplada en el artículo 71.1 de la Constitución, que es relativa, en cuanto referida únicamente a las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones. Al margen de estos supuestos expresamente contemplados en el texto constitucional, se ha extendido la inviolabilidad en los diferentes Estatutos de Autonomía a los diputados autonómicos y, por las respectivas leyes orgánicas reguladoras, al Defensor del Pueblo y sus adjuntos y a los Magistrados del Tribunal Constitucional por las opiniones expresadas en el ejercicio de su cargo.

5.3. *Inclusión de la atenuante de dilaciones indebidas en la punibilidad*

Si bien hemos mostrado nuestra opinión contraria a la creación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, compartimos su ubicación sistemática dentro de la punibilidad, pues es precisamente un criterio de conveniencia y oportunidad el que hace al Estado limitar la aplicación del *ius puniendi* en el campo de la imposición de la pena, al atenuarla. Es decir, si bien no se renuncia a su ejercicio, pese a la concurrencia de las dilaciones y a la vulneración de un derecho fundamental que las dilaciones suponen, se limitan las consecuencias inherentes al hecho cometido en atención a un funcionamiento irregular del vehículo para su imposición, que es el proceso penal. Esta ubicación sistemática la consideramos adecuada en vista de que, de un lado, sería difícilmente ubicable en sede de culpabilidad, pues para nada influye en la reprochabilidad del hecho al sujeto, al ser una circunstancia ajena a su conducta y a su persona, máxime teniendo en cuenta las consideraciones que se hacen en el seno de dicha categoría.

Para ello partimos de que no puede identificarse el fundamento material de la punibilidad, exclusivamente, con el principio de subsidiariedad y con consideraciones meramente funcionales del delito en cuanto instancia de control social. El fundamento ha de ser más amplio o, al menos, variado, pues, en casos como las dilaciones indebidas, la pena no se muestra inadecuada para cumplir la finalidad de protección de bienes jurídicos que tiene. Podría aducirse que el alejamiento del momento de comisión del hecho respecto del momento de la imposición de la pena puede hacer a la misma ineficaz o inadecuada, ya, para cumplir su finalidad. Sin embargo no lo consideramos argumento válido. Podría suceder, como mucho, en delitos con una pena escasa en relación con el tiempo en que concurre la dilación, mas piénsese en delitos de homicidio o contra la libertad sexual, castigados con elevadas penas de prisión, en cuyo proceso penal concurrieran dilaciones. La comparación entre la pena a imponer y una dilación de, por ejemplo, dos años, nunca justificaría una atenuación como la derivada de la aplicación de una circunstancia atenuante.

La atenuación de la pena por la concurrencia de dilaciones indebidas únicamente puede justificarse, sea o no considerada acertada dicha justificación, en atención a razones de conveniencia. Evidentemente no puede ser debido a razones de oportunidad o utilidad, más bien, al contrario. Es el Estado quien, estableciendo tal atenuación, decide que una disfunción originada por actos u omisiones de órganos del propio Estado, se traduzca en una menor imposición

de pena. Es decir, antes de adoptar otro tipo de medidas para evitar su concurrencia o pretender solventar la dilación misma, la asume y ciñe las consecuencias a una atenuación de pena que se aplicará, únicamente y por razones obvias, a quien resulte condenado. Bien sea por comodidad, bien sea por indiferencia, adopta tal decisión, Y ello no puede menos que identificarse con razones de conveniencia.

6. La aplicación por el Tribunal Supremo de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas establecida en el artículo 21,6.^a del Código Penal

Abordamos esta materia pretendiendo cristalizar las líneas interpretativas sentadas en la primera jurisprudencia surgida tras la reforma penal, para lo cual consideramos procedente estudiar en primer lugar las cuestiones generales tratadas en las mismas, como son la interpretación del texto legal, algunas consideraciones sobre el modo de alegación y el momento procesal adecuado, de lo que depende la posibilidad de apreciación, así como la delimitación de la circunstancia para ser apreciada como muy cualificada. Posteriormente descenderemos a la casuística tratada en las sentencias estudiadas, a fin de dibujar un marco sobre los casos de apreciación y no apreciación, de la circunstancia, tanto con carácter de ordinaria como de muy cualificada.

a) Interpretación de la redacción legal de la atenuante

Sin que se obvie por el alto tribunal su doctrina anterior sobre el fundamento y articulación de la atenuante, a la que siempre se refiere como cuerpo doctrinal del que hay que partir, lo cierto es que las necesidades argumentativas varían según haya que justificar la creación jurisprudencial de una atenuante por la vía de la analogía, como se venía haciendo, o limitarse a interpretar los términos de un precepto del Código Penal que ya la contempla expresamente. Es a esta segunda función a la que se han destinado las sentencias dictadas por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo desde finales de 2010, en lo que puede considerarse como la primera jurisprudencia sobre la atenuante legal de dilaciones indebidas.

Como punto de partida podemos citar la sentencia 70/2011 de 9 de febrero, cuando dice que no resulta fácil colmar el significado indeterminado de algunos de los vocablos empleados por el legislador. El carácter indebido, la naturaleza extraordinaria de la dilación y, en

fin, la propia complejidad de la causa, no son conceptos susceptibles de fijación apriorística. Por tanto, la necesidad de operar con reglas no estandarizadas, sino adaptadas al caso concreto, se hace todavía más visible a raíz de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Una de las primeras sentencias, dictada a los pocos días de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010⁵⁴ ya señala que la jurisprudencia ha venido estableciendo que el transcurso del tiempo, como dato meramente empírico a describir, debe ser susceptible de ser calificado de extraordinario, lo que quiere decir algo más que contrario a la norma. Por tanto, se señala, debe tratarse de algo que no sucede de ordinario por lo que no es común. Si bien alerta la sentencia que tal interpretación puede suponer un cierto reduccionismo sobre interpretaciones más acordes a la dimensión constitucional de la garantía o de la establecida en textos internacionales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Desde esa perspectiva, recuerda que la concurrencia de deficiencias estructurales que expliquen las tardanzas no alcanza a justificar el incumplimiento estatal de dispensar tutela judicial en plazo razonable.

Dicho todo lo anterior, se matiza, sin embargo, que cuando la reparación exigible por razón de la dilación sea la disminución de la pena imponible, las exigencias han de ir más allá de las reclamables cuando se trata de acudir a otros remedios de la vulneración constitucional.

Ante todo, la tardanza debe poder tildarse de indebida. La palabra indebida, dice, la sentencia 1159/10 a que aludimos, *«debe entenderse en el sentido de injusto o ilícito. Es decir no justificable. Para establecer tal conclusión ha de atenderse a las circunstancias concurrentes en cada caso. Así será indebida si resulta desproporcionada para la complejidad de la causa. Y ésta puede derivar de la multiplicidad de sujetos intervinientes que obliga a la multiplicación de los trámites. O de la dificultad para establecer la estrategia investigadora adecuada. O de otras circunstancias que deberán ser valoradas sin que, como antes dijimos quepa remitirse meramente al transcurso del tiempo.»*

Cabe destacar dos afirmaciones de esta sentencia. De un lado, interpreta el requisito acumulado a «indebida», que es «extraordinaria», de modo tautológico, como algo que no sucede de ordinario y, que por tanto, según afirma, no es común. Sin embargo, reconoce que es una

⁵⁴ STS 1159/2010, de 27 diciembre, aunque ya se había expresado en la anterior 1158/2010, de 16 de diciembre.

interpretación pudiera decirse que restrictiva, si se pone en relación con el fundamento último de la circunstancia, como es el carácter de derecho fundamental que tiene el que se pretende restaurar, dado que podría ser la vía para que, de concurrir deficiencias estructurales y que, como tales, afecten por lo común a otros órganos judiciales, no pudiera apreciarse la atenuante cuando, pues a pesar de ser notoria la dilación, y aun indebida, no fuera extraordinaria, por ser ello «normal» atendidas circunstancias de tipo orgánico o estructural. Sin embargo el Tribunal Supremo lo justifica entendiendo que, por suponer disminución de pena, las exigencias han de ser mayores que si la consecuencia de la dilación extraordinaria no fuera de tipo punitivo⁵⁵. Por otro lado, interpreta el término «indebida» como no justificado atendiendo a las circunstancias del caso, básicamente la complejidad de la causa (por los sujetos intervinientes, por la dificultad de la investigación u otras).

Se delimita igualmente el concepto de indebida, en sentido negativo, cuando se concreta que no existe un derecho fundamental a que se resuelva dentro de los plazos procesales. Así, se dice en la sentencia 11/2011 de 1 de febrero, así como en otras posteriores⁵⁶, que el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de *«un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no*

⁵⁵ Con independencia que se llegue a esta conclusión por la vía de una interpretación literal del texto legal, lo cierto es que supone apartarse de la doctrina, ya comentada anteriormente de que las deficiencias estructurales no justificaban la tardanza en la tramitación (a título de ejemplo, STS 226/04, de 27 de febrero). Poco después, en el mismo sentido, la sentencia 105/2011, de 23 de febrero, cuando dice «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala han venido reafirmando tal derecho constitucional como son exponentes las sentencias del Tribunal Constitucional en las que se declara el derecho a un proceso que se desenvuelva en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos puedan recibir pronta satisfacción. Y las sentencias de esta Sala de 20 de septiembre de 1993 y 26 de junio de 1993, que, entre otras, expresan que «tan notoria dilación infringe abiertamente el derecho, constitucionalmente consagrado en el artículo 24.2, a un proceso sin dilaciones indebidas. El Tribunal que juzga más allá de un plazo razonable, cualquiera que sea la causa de la demora, incluso por carencia estructurales que surgen con el aumento del número de causas, está juzgando a un hombre –el acusado– distinto en su circunstancia personal, familiar y social y la pena no cumple ya o no puede cumplir las funciones de ejemplaridad y de rehabilitación o reinserción social del culpable que son los fines que la justifican».

⁵⁶ En el mismo sentido, la STS 27/2011, de 3 de febrero.

aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes». En similar sentido se pronuncia la sentencia 27/2011, de 3 de febrero⁵⁷, diciendo que supone la exigencia de que la duración de las actuaciones no exceda notablemente de lo prudencial, siempre que no existan razones que lo justifiquen. O que esas propias dilaciones no se produzcan a causa de verdaderas «paralizaciones» del procedimiento que se debieran al mismo acusado que las sufre, supuestos de rebeldía, por ejemplo, o a su conducta procesal, motivando suspensiones, etc. En todo caso, señala esta sentencia, «la «dilación indebida» (o el «plazo razonable») es, por naturaleza, un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, es el mismo injustificado y constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable». Nótese aquí que lo previsible puede hacer referencia, bien a la complejidad de la causa, es decir, que en vista de ella puede preverse una mayor o menor duración (en cuyo caso se referiría al carácter indebido o no de la dilación), o bien a la duración normal de otros procedimientos similares puesta en conexión con la situación de los órganos judiciales (en cuyo caso se estaría refiriendo al carácter extraordinario o no de la dilación). En todo caso volvemos a que lo previsible es lo que sucede de ordinario y si esto es precisamente la larga duración de los procedimientos por circunstancias estructurales, que es de por sí previsible a día de hoy en muchos casos, se podía limitar mucho la aplicación de la atenuante. En relación con ello dice la sentencia 85/2011 de 7 de febrero que «los requisitos para su aplicación serán, pues, los tres siguientes: 1) que la dilación sea indebida; 2) que sea extraordinaria; y 3) que no sea atribuible al propio inculpado. Pues si bien también se requiere que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante.»

Se añade por la sentencia 809/11 de 18 de julio que tales exigencias materiales se traducen en la procesal de que, quien invoca la atenuante, alegue y acredite, no solamente el dato material del tiempo, sino el normativo de la falta de justificación.

⁵⁷ En idénticos términos la STS 71/2011, de 4 de febrero

A esta delimitación añade la sentencia 85/2011 de 7 de febrero, aludiendo a otras anteriores, la diferenciación entre «dilaciones indebidas» y «plazo razonable», terminología, esta última utilizada en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuando dispone que dos son los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante de creación jurisprudencial. Por un lado, la existencia de un «plazo razonable», a que se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable», y por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su art. 24.2. En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento rápido, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales. Por el contrario, el «plazo razonable» es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia⁵⁸.

b) Configuración dogmática

De la configuración dogmática de la atenuante se ocupa la sentencia 11/2011, de 1 de febrero⁵⁹, recordando la doctrina anterior de la Sala y tomando partido en cuanto a su ubicación dentro de las categorías incluidas en la construcción analítica del delito. Así, recuerda que la jurisprudencia de la Sala es muy abundante en el sentido de sostener que desde que la pérdida de derechos –en este caso, el derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, es decir, procesalmente inexplicables- sufrida como consecuencia del proceso es equivalente a los males sufridos como consecuencia del delito que, es considerada una pena natural, que debe computarse en la pena estatal impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (es de-

⁵⁸ Abundan sobre este particular, las SSTS 91/2010, de 15 de febrero, 296/10, de 30 de marzo y 338/2010, de 16 de abril.

⁵⁹ En idéntico sentido las SSTS 61/2011, 77/2011, 78/2011.

cir: la pérdida de bienes o derechos) y el mal causado por el autor. Por lo tanto, esa pérdida de derecho debe reducir correspondientemente la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto de una parte de la gravedad de la culpabilidad

Continúa diciendo, y esta afirmación es relevante, «...que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo comporte una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad. La culpabilidad es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de cometerse éste y el paso del tiempo no comporta, por supuesto, el que esta culpabilidad disminuya o se extinga. En los casos en que esta Sala hace referencia a ello, por ejemplo STS. 30.3.2010, lo que debe entenderse es que la gravedad de la pena debe adecuarse a la gravedad del hecho y en particular a su culpabilidad, y que si la dilación ha comportado la existencia de un mal o privación de derecho, ello debe ser tenido en cuenta para atenuar la pena.»

Por tanto, en esta sentencia, que asume la consideración de las dilaciones como pena natural, se excluye que sean una vía de compensación de la culpabilidad. Por el contrario, las ubica en sede de punibilidad a fin de compensar la pena correspondiente a la culpabilidad de autor con la pérdida de derechos ya sufrida como consecuencia de las dilaciones⁶⁰.

También se ocupa ligeramente de este aspecto la sentencia 234/11 de 22 de marzo cuando dice que las razones del porqué existe un derecho a ser juzgado en un plazo razonable, es clara: la justicia tardía es menos justicia para todos los protagonistas del proceso, por supuesto para el implicado, y también para la víctima. Sin embargo, teniendo en cuenta el lugar, en cierto modo privilegiado, o de mayor protección que ocupa todo imputado en el proceso penal, y del catálogo de derechos que se le conceden, en particular, a ser juzgado sin dilaciones, tal derecho vino a tener reconocimiento práctico a través del cauce de las atenuantes analógicas, compensando la quiebra de este derecho con una disminución de la pena. Sin entrar, pues, en profundas disquisiciones dogmáticas, se limita, por tanto, a decir, que la vulneración de un derecho fundamental se compensa con una reducción de la pena, reducción que sería la reparación misma de la lesión.

⁶⁰ No viene de más recordar que la posición de BACIGALUPO ZAPATER, uno de los principales defensores de la creación jurisprudencial de la atenuante, consistía, por el contrario, en entender que con la concurrencia de las dilaciones se reducía la culpabilidad del autor, del modo que ya se explicó *supra*.

c) *Atenuante muy cualificada*

Con carácter general, se habla de circunstancia atenuante muy calificada como aquella que alcanza una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan destacarse y ser reveladores del merecimiento y punición de la conducta del penado⁶¹. La consecuencia punitiva es que, conforme al artículo 66.1, 2.ª del Código Penal, la rebaja de pena en estos casos habría de ser obligatoria en un grado y potestativa en dos.

Se dice a propósito de este particular en la sentencia 104/2011, de 1 de marzo que se requiere a estos efectos la concurrencia de retrasos de intensidad extraordinarios, casos excepcionales y graves, cuando sea apreciable alguna excepcionalidad o intensidad especial en el retraso en la tramitación de la causa o en casos extraordinarios de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúan muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente.

Para la apreciación como muy calificada, recae sobre la sala de instancia la obligación de describir una realidad singular y extraordinaria que justifique su también extraordinaria y singular valoración atenuatoria⁶².

Por último, la sentencia 789/11 de 20 de julio señala que «*a la hora de concretar la línea divisoria entre una atenuante, en este caso analógica, de carácter ordinario, y la correlativa cualificada, no contamos con pautas o criterios precisos capaces de discernir el problema. Únicamente esta Sala ha señalado alguna orientación, siquiera sea genérica, que debe situarse en el plano valorativo, y en tal sentido la atenuante debe reputarse muy cualificada cuando “alcanza una superior intensidad comparada con la normal o no cualificada, teniendo a tal fin en cuenta las condiciones del culpable, los antecedentes y las circunstancias del hecho, así como cuantos otros elementos puedan revelar especiales merecimientos en la conducta del inculpado después de imputado”*».

En conclusión, puede decirse que habrá de estudiarse, caso por caso y con imposibilidad de establecer criterios generales de alguna

⁶¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1998 y 7 de noviembre de 2011, citadas por NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J. M., MELENDO PARDOS, M. y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 1.ª Ed., Dykinson, Madrid, 2011, p. 865.

⁶² Así, la jurisprudencia la ha apreciado en casos de transcurso de 9 años la duración del proceso penal en sentencia 506/2002 de 21 de marzo, 8 años, en sentencia 291/2003 de 3 de marzo y en sentencia 505/2009, 7 años de duración del proceso.

fiabilidad, cuándo la intensidad de la dilación supera lo que se considere que daría lugar a la atenuación ordinaria, siendo los conceptos indeterminados utilizados por las sentencias aludidas muestra de ello.

d) Criterios de ponderación

Englobamos en este apartado aquellos criterios que se señalan como indicadores del carácter extraordinario e indebido de la dilación. Se describen en la sentencia 151/2011, de 10 de marzo como los siguientes:

- la complejidad del proceso;
- los márgenes ordinarios de duración de los autos de la misma naturaleza en igual período temporal;
- el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida;
- su conducta procesal;
- y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles;

La sentencia 536/2011, de 20 de mayo, añade que es necesaria la constatación de la ausencia de justificación de los retrasos y de su relevancia perjudicial atendida la dificultad y características del procedimiento, que no basta que se rebasen los plazos procesales en las actuaciones sino que el retraso debe ser injustificado en relación con la complejidad de la causa, y no imputable al recurrente y que es necesario constatar la existencia de periodos de inactividad judicial, verdaderamente relevantes y sin justificación.

Nos movemos pues, y pese a los problemas interpretativos que generaba la literalidad de la fórmula empleada por el legislador al definir la atenuante en el número 6 del artículo 21 del Código Penal, dentro los criterios tradicionales mantenidos cuando se aplicaba la atenuación por la vía analógica. No obstante, se alude de nuevo, a la peligrosa, a nuestro juicio, ponderación de la situación de órgano judicial. Esta situación podría influir en evitar que, como consecuencia de la dilación, se derivaran responsabilidades disciplinarias para los integrantes del órgano, si ello se debiera a carencias estructurales, pues la responsabilidad, meramente política, sería de quien ha de proveer de los medios necesarios para la correcta administración de justicia. Si embargo, convertirlo en una causa de exclusión del carácter indebido de la dilación, o cuanto menos, insinuarlo, supone una regresión, no justificada por el tenor literal de la cláusula legal.

7. Recapitulación y conclusión

La solución legal dada actualmente a la cuestión de las dilaciones indebidas parece partir de una premisa, cual es la de que la dilación, una vez consumada, por producida, es irreparable. Esto es, si la causa está llamada a tramitarse en un plazo razonable, transcurrido uno «irrazonable», no puede volverse atrás y la lesión producida es irreversible. Todo lo que se arbitre a partir de aquí puede ser un medio de compensación de la lesión, pero no una reparación o restitución del derecho fundamental lesionado.

Consideramos conveniente dar a las dilaciones indebidas, en cuanto derecho fundamental que es, un tratamiento lo más homogéneo posible respecto de todos los que, en cuanto que intervinientes en el proceso, pueden ser sujetos pasivos de las mismas. Constitucionalmente no hay razón que avale lo contrario. Por ello, regulación de las dilaciones indebidas llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010 mediante su introducción como atenuante de la responsabilidad penal del condenado entendemos que deja bastante que desear.

En primer lugar, porque sólo contempla una visión parcial del problema, cual es la posición del condenado y los efectos que sobre el mismo pudieran tener las dilaciones, obviando la situación de otros intervinientes que igualmente pueden padecerlas, como son las partes acusadoras, tengan o no la condición de víctima y del acusado absuelto, respecto del que no puede operar.

En segundo lugar, porque da, en ese estrecho margen de la persona del condenado, un tratamiento desde el Derecho penal sustantivo, mediante la introducción de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a lo que es un problema esencialmente procesal, cual es la paralización injustificada en la tramitación de los procedimientos. Siendo un problema esencialmente procesal la respuesta legal habría de ser también de carácter procesal, sin perjuicio de las implicaciones sustantivas en cuanto a la lesión del derecho fundamental que tratamos, de no solventarse la dilación.

Tomando como punto de partida esta posición crítica y teniendo en cuenta la doctrina constitucional consolidada sobre la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y su reparación, intentaremos esbozar un posible tratamiento de la cuestión que atienda, más a la finalidad del reconocimiento constitucional del derecho que a encontrar soluciones compensadoras de naturaleza penal sustantiva o administrativa.

Si la Constitución, en consonancia con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, exige que las causas penales se tramiten en un plazo razonable sin sufrir, por tanto, dilaciones indebidas, de vulnerarse el derecho por la concurrencia de tal dilación, la solución más plausible, para que pudiera hablarse de verdadera reparación, sería que la misma, a la postre, no produjera efectos en el cómputo global de la duración del procedimiento. Es decir, que una paralización prolongada de las actuaciones, por la causa que sea, sea neutralizada por una reactivación del curso del procedimiento, que la sane. Ello sólo sería posible, a nuestro entender, si tan pronto como se declare la existencia de la dilación se dé a la tramitación de ese procedimiento el carácter de preferente y urgente, de modo que a partir de ese momento la sucesivas fases procesales se desarrollaran con mayor celeridad que la normal y común a los restantes procedimientos, desde la instrucción hasta el enjuiciamiento, a cuyo efecto, tendría un tratamiento similar a, por ejemplo, las causas con preso preventivo. Por esta vía, el retraso sufrido con anterioridad podría sanarse con la celeridad posterior y, a la postre, la duración total del procedimiento podría ser similar a la de cualquier otro en que no hubieran concurrido las dilaciones y, en suma, la causa sería oída en un plazo razonable.

Para llegar a esta conclusión nos fundamos en que, tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo, no identifican el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas con el derecho al cumplimiento de los plazos procesales, lo que conduce a que en ambas se establezca como criterio de comparación la duración habitual de procedimientos similares. Es evidente que, en función del tipo de delito investigado, la duración del procedimiento será mayor a menor, al margen de circunstancias procesales accidentales, que pueden concurrir y que lo dilaten más allá de lo normal, las cuales, si obedecen a causas justificadas, no convierten la dilación en indebida. Pues bien, lo que defendemos es que en estos casos, una vez detectada la dilación e invocada por quien se crea afectado, ese procedimiento se tramite de forma que su duración normal, en función de los anteriores criterios, y descontada la dilación, se vea sustituida por una tramitación más rápida, siempre, claro, que se declare la existencia de la dilación indebida.

Esta solución va más allá de lo exigido por la jurisprudencia constitucional para que se considerara reparada la vulneración del derecho, pues únicamente exigía la reactivación de la tramitación y, en caso contrario, es cuando existía legitimación para invocar la tutela en vía de amparo. Siguiendo tal criterio, como la duración del proceso por la concurrencia de la dilación indebida ya de por sí se

alarga, la mera reactivación sólo satisface parcialmente el interés del justiciable que pretende que se respete su derecho, pues el período de inactividad se sumaría al normal para ese tipo de procedimiento en concreto, el cual, a la postre, desde luego que no resultaría oído en un plazo razonable. Aquí sostenemos una subsanación *a posteriori*, pero de carácter integral, de modo que, finalizado el procedimiento, la duración no exceda de lo razonable.

Hasta aquí la idea que tomamos como punto de partida. La forma de articularla procesalmente variaría en función del momento en que concurra y, por lo tanto, se invoque. Pero, en todo caso, podría sustanciarse como una cuestión incidental si se produce durante la instrucción, como cuestión previa si se produce a partir de la recepción de las actuaciones en el órgano de enjuiciamiento y, nuevamente, por vía incidental, si se produjera tras la celebración del acto del juicio oral. En ambos supuestos la competencia para apreciar la concurrencia de dilación indebida sería del propio órgano ante el que se produce. De no alegarse la concurrencia de la dilación, no cabría su alegación posterior, de entrada porque haría inviable su subsanación y, además, porque el propio artículo 44.1 de la LOTC exige su invocación «*tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello*». Y ese haber lugar sería el reconocimiento expreso de un incidente a tal efecto en la ley procesal penal o bien la incardinación como cuestión previa al acto del plenario, según se trate de uno u otro de los casos comentados.

La solución es aplicable por igual a todas las partes en el proceso, sin que beneficie en exclusiva, como en el caso de la atenuante de dilaciones indebidas, al condenado. Respecto de éste, y por la confluencia de los derechos a la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el derecho a no declarar contra sí mismo, consideramos que no puede exigírsele que mantenga una conducta procesal «activa», instando el impulso del procedimiento, pues precisamente se dirige contra él y será, ante todo el Estado, a través del órgano judicial y del Ministerio Fiscal, así como las partes acusadoras, quienes hayan de tener esa actitud, digámosle, activa. Ahora bien, ello no ha de interpretarse como que el imputado, si quiere que se respete su derecho, no haya de coadyuvar a ello, invocando la existencia de la dilación para que se subsane. De un lado porque, si hay carencia de acusación particular y el órgano judicial no se percata de ella, razón por la que probablemente se encuentra paralizada la causa, de no ponerlo de manifiesto no se podrá subsanar y de otro porque se exige que quien considera vulnerado su derecho invoque la vulneración en cuanto tenga constancia de ella, si quiere que sea reparada y ser restituido en la integridad de su derecho. Puede concurrir un

interés por parte del imputado de beneficiarse de la dilación, cual es la de que llegue a tal extremo que alcance el plazo de prescripción del delito o falta, mas ello es una estrategia procesal que, de lograr el resultado pretendido, le beneficiaría, pero, de no lograrlo, no puede pretenderse, extemporáneamente, invocar la vulneración de un derecho que conscientemente no ha ejercitado durante el proceso.

Bibliografía

ALCÁCER GUIRAO, R., «Dilaciones indebidas (atenuante)», en ORTIZ DE URBINA, I. (coord.) *Memento Experto. Reforma penal 2010*, ed. Francis Lefebvre, Madrid 2010.

ALCÁCER GUIRAO, R., «Dilaciones indebidas», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2011*, Madrid, 2011.

ALVAREZ GARCÍA F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, 2010.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «La atenuante de dilaciones indebidas, art. 21.6 CP» en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *La reforma penal de 2010, análisis y comentarios*, Aranzadi, Pamplona 2010.

ASÚA BATARRITA, A., «Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional» en CEREZO MIR, J. *et. al.*, *El nuevo Código Penal, presupuestos y fundamento*, Comares, Granada 1999.

BACIGALUPO ZAPATER, E. «Principio de culpabilidad e individualización de la pena» en CEREZO MIR, J. *et. al.* (eds.), *El nuevo Código Penal, presupuestos y fundamento*, Comares, Granada 1999.

BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delito y punibilidad*, Civitas, Madrid 1983.

BARCELÓ I SERRA-MALERA, M. y DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista del Poder Judicial* n.º 46, Madrid 1997.

BELLOCH JULVE, J. A., «Dilaciones indebidas», *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya*, n.º 43, Bilbao 1989.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y ARROYO ZAPATERO L., *Curso de Derecho Penal; Parte General*, 2.^a Edición, Experiencia, Madrid 2010.

CEREZO MIR, J. *et. al.*, *El nuevo Código Penal, presupuestos y fundamento*, Comares, Granada 1999.

COBO DEL ROSAL, M. (coord.), PERIS RIERA J., QUINTANAR DÍEZ, M. y SÁNCHEZ DOMINGO, B., *Sinopsis de Derecho Penal, Parte General*, Dykinson, Madrid 2011.

CORVALÁN, J. G. *Condiciones objetivas de punibilidad*, Astrea, Buenos Aires 2009.

CUELLO CONTRERAS, y MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Tecnos, Madrid 2011.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Individualización judicial de la pena: Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Colex, Madrid, 1997.

DE ALFREDO, A. y DESALMA, R., *Reincidencia y punibilidad: aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena*, Buenos Aires 1992.

DÍAZ ROCA, R., «Naturaleza sustantiva de las dilaciones indebidas en el procedimiento penal», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid 1995.

FARALDO CABANA, P., *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000.

FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Civitas, Madrid, 1994.

FLORES PÉREZ, A., «La analogía», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1995.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, 4.^a edición, Ramón Areces, Madrid, 2006.

GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona 2007.

GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J. M., MELENDO PARDOS, M. y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 1.^a Ed., Dykinson, Madrid 2011.

GIL RAMÍREZ, A., *Ensayo sobre las condiciones objetivas de punibilidad*, Universidad Autónoma Nacional de Méjico, Méjico DF, 1961.

GOYENA HUERTA, J. «Las atenuantes por analogía», en MUÑOZ CUESTA, J. (coord.) *et al.*, *Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

JAKOBS, G., *Estudios de Derecho Penal*, trad. de PEÑARANDA RAMOS E., SUÁREZ GONZÁLEZ C. J. y CANCIO MELIÁ M., Civitas, Madrid 1997.

JORGE BARREIRO A., «La motivación en la individualización judicial de la pena», *Manuales de formación continua, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1999.

LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, M. C., *Derecho Penal Español. Parte General*, 8.^a Edición, Tecnos, Madrid 2010.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Civitas, Madrid, 2010.

LUZÓN CUESTA, F., *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, 21.^a Ed., Dykinson, Madrid, 2011.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Código Penal, Comentarios y jurisprudencia, Parte General*, 1.^a Ed., Comares, Granada 2010.

MÁRQUEZ DE PRADO Y NORIEGA, M. D., «La atenuante por analogía, una situación incierta», *Revista del Poder Judicial* n.º 33, Madrid, 1994.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Circunstancias modificativas (arts. 21 y 22)», en ÁLVAREZ GARCÍA F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, 2010.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «¿Son vinculantes los acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo?», *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 2008.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA A., *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, Grupo Difusión, Madrid 2007.

MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico dogmático sobre las condiciones objetivas de punibilidad*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

MARTÍN LORENZO, M., *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2009.

MARTÍN PÉREZ, C. *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Eder-sa, Madrid 1989.

MENDES DE CARVALHO, E., *Punibilidad y Delito*, Reus, Madrid, 2007.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General* 8.^a Edición, Repetitor, Barcelona 2008.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General* 9.^a Edición, Repetitor, Barcelona 2011.

MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2011*, Madrid, 2011.

MORENO-TORRES HERRERA, M.L. *El error sobre la punibilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, 8.^a Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

MUÑOZ CUESTA, J. (coord.) *et al.*, *Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito II*, Rafael Castellanos, Madrid, 1986.

ORTIZ DE URBINA, I. (coord.) *Memento Experto. Reforma penal 2010*, ed. Francis Lefebvre, Madrid 2010.

ORTS BERENGUER, E. *Atenuante de análoga significación*, Universidad de Valencia, Valencia 1978.

OTERO GONZÁLEZ, P. *La circunstancia atenuante analógica en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

PEDRAZ PENALVA, E., «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», *Revista del Poder Judicial* n.º 43-44, Madrid, 1996.

PRIETO RODRÍGUEZ J.I., *Dilaciones indebidas y Derecho Penal*, Akal, Madrid 1997.

QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *La reforma penal de 2010, análisis y comentarios*, Aranzadi, Pamplona 2010.

RODRIGUEZ DEVEESA, J.M., y SERRANO GOMEZ, A. *Derecho Penal Español. Parte General*, Dykinson, Madrid 1992.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2006.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho Penal*, Dykinson SL, Madrid, 2010.

RUIZ VADILLO, E., *Comentarios al artículo 21,6.^a del Código Penal en Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Madrid, 1999.

ROXIN K., *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, trad. de MUÑOZ CONDE F., Reus, Madrid 1981.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Las Recomendaciones del Consejo de Europa sobre la determinación judicial de la pena», *Revista de Ciencias penales*, Madrid, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 2.^a edición, BdeF, Buenos Aires 2010.

VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de reforma Procesal II. La reforma del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1992.

ZUGALDÍA ESPINAR I., (dir.) *Fundamentos de Derecho penal, Parte General*, 4.^a Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2010.